

THÈSE DE
PARIS.

1883.

N^o. 77.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA RATIFICATION DES ACTES
DU GÉRANT D'AFFAIRES

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ
DES FONDATEURS, DES ADMINISTRATEURS
ET DES COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE
DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Furey LARUE

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA RATIFICATION DES ACTES
DU GÉRANT D'AFFAIRES

DROIT FRANÇAIS

DE LA RESPONSABILITÉ

DES FONDATEURS, DES ADMINISTRATEURS
ET DES COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE
DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

THÈSE POUR LE DOCTORAT

*L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Vendredi
11 Mai 1883, à midi*

PAR

Furey LARUE

Avocat à la Cour d'appel de Paris

PRÉSIDENT : M. LYON-CAEN

SUFFRAGANTS	{	MM. DUVERGER	{	PROFESSEURS
		RATAUD		
		H. MICHEL		{
ESMEIN				

*Le Candidat répondra en outre aux questions qui lui seront
faîtes sur les autres matières de l'enseignement*

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1883



DROIT ROMAIN.



DE LA

RATIFICATION DES ACTES

DU GÉRANT D'AFFAIRES

DROIT ROMAIN.

DE LA

RATIFICATION DES ACTES DU GÉRANT D'AFFAIRES

INTRODUCTION.

I. La gestion d'affaires, à la différence du mandat, suppose essentiellement le défaut de consentement de la personne, dans l'intérêt de laquelle elle a lieu.

Elle a sa raison d'être dans une idée de protection, de sollicitude du législateur romain à l'égard des absents. Ce n'est pas assez pour lui d'avoir institué le mandat pour permettre aux citoyens qui s'éloignaient de laisser leurs intérêts à la garde d'une personne qui avait leur confiance, il a supposé une absence fortuite, immédiate, forcée, dont la rapidité même ne permit pas aux intéressés de conférer un mandat général d'administration.

Dans cette hypothèse, il n'a pas voulu que leurs biens fussent abandonnés.

« Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium » qui, subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti, essent, » deserentur negotia ⁽¹⁾. »

A cet effet, il devait rassurer d'un côté l'absent contre l'intrusion maladroite, inopportune et inhabile des tiers dans ses affaires; de l'autre, permettre à celui qui les avait gérées utilement et dans une intention honnête de se faire désintéresser. C'est pourquoi furent instituées les deux actions *negotiorum gestorum directa* et *negotiorum gestorum contraria*.

II. Si la gestion d'affaires suppose, comme nous l'avons dit, le défaut de consentement du *dominus*, le législateur romain, en établissant les deux actions qui la consacraient dans le droit, l'a fait reposer sur l'idée d'un mandat présumé. Les circonstances étaient telles, supposait-il, que si le maître, au lieu d'être absent, eût été présent, il eût agi comme le gérant l'a fait lui-même dans son intérêt.

Le doute cependant peut se produire sur l'utilité de l'intervention du gérant. Le maître de retour peut la contester. D'un autre côté, en ratifiant, le maître est censé donner postérieurement le mandat que la loi avait jusqu'alors présumé. « En ratifiant ce qui a été fait en mon nom, dit M. Labbé dans sa savante étude sur *la ratification des actes du gérant d'affaires*, je suis réputé dire au gérant, vous avez bien agi, vous avez bien

(1) L. III, t. 27 Institutes.

compris mon intérêt. Vous avez eu raison de me représenter, de me faire parler. Ce que vous avez fait, je l'approuve, je le confirme; j'en assume la responsabilité et j'en réclame le profit ⁽¹⁾. »

III. La ratification modifie donc, et cela d'une manière importante, les relations et les situations réciproques du *dominus* et du gérant d'affaires.

Le gérant, qui avait pris sur lui de se présenter comme le mandataire de l'absent, qui avait agi comme s'il l'était, ne se voit pas contester cette qualité par celui-là même, qui avait intérêt à le faire, et qui, loin de le désavouer, approuve sa conduite et l'engage ainsi à ne pas exercer contre lui l'action à laquelle lui donnait droit sa non participation aux actes accomplis pour son compte.

IV. En un mot et d'une façon générale, la gestion d'affaires par la ratification équivaut à un mandat. *Ratihabitio mandato comparatur*. Les obligations qui naissent d'elle, au lieu de prendre comme dans le mandat leur source dans une convention antérieure à l'affaire, la trouvent dans l'adhésion que donne aux actes du gérant le *dominus* jusqu'alors empêché. Le mandat présumé devient réel; au lieu de précéder les faits de gestion, il intervient après.

(1) *De la rectification des actes du gérant d'affaires*, p. 10.

CHAPITRE PREMIER.

De la ratification des actes du gérant en général.



1. En raison des intérêts que peut présenter la ratification, il est utile d'examiner en quoi elle consiste, quand elle peut et doit se produire.

Bien que les solutions de ces questions soient intimement liées à celles qui doivent intervenir sur les effets à attacher à la ratification, effets qui feront l'objet des chapitres suivants, nous pensons qu'il est utile de fixer dès maintenant les caractères de la ratification.

2. En quoi consiste la ratification?

La ratification est le fait du maître de reconnaître comme siens les actes entrepris en son nom, mais sans son concours.

Certains auteurs, Messieurs Labbé ⁽¹⁾ et Maynz ⁽²⁾, par exemple, comprennent d'une façon générale sous ce

(1) *De la ratification des actes du gérant d'affaires*, p. 7.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, p. 559.

mot de ratification, soit l'approbation d'une gestion entreprise en notre nom, mais sans mandat, soit l'acte juridique, qui fait disparaître les vices dont se trouve entachée une obligation, un contrat, dont la nullité relative peut être couverte, soit même le fait de reconnaître la disposition d'une chose nous appartenant accomplie par un autre, qui n'avait aucun droit sur elle et sans le concours du *verus dominus*. Mais ce n'est pas sans marquer les différences profondes, qui existent entre ces trois hypothèses.

Alors que la première seule dans le sens strict du mot mérite le nom de ratification, les deux autres constituent bien plutôt, soit la confirmation d'un acte annulable, soit la création d'un nouveau contrat entre le *verus dominus* et le tiers, qui s'était engagé une première fois. Dans l'un et l'autre cas il ne peut être question de l'idée, qui domine en notre matière, celle d'un mandat présumé tout d'abord puis donné en quelque sorte postérieurement à la gestion.

3. Cette ratification peut être expresse ou tacite. « Non » tantum verbis ratum haberi posse sed etiam actu » (Scevola, LL. 5, L. 46, T. 8). On comprend, en effet, que le *dominus* de retour qui a connaissance des actes exécutés en son nom, qui n'exerce pas contre le garant l'action *negotiorum gestorum directa*; qui au contraire accepte la situation qui lui est faite et que lui a faite le gérant, ratifie tacitement. Tel serait également le cas, où il continuerait purement et simplement l'affaire commencée par le gérant, un procès par exemple... « denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus » comprobans persequeretur... » (LL. 5, L. 46, T. 8, D. *Ratam rem haberi*). Quant à la ratification expresse, elle

consistera dans toute déclaration formelle de la part du *dominus*.

4. La ratification en modifiant, comme nous le verrons plus loin et d'une façon plus précise, la situation faite par la gestion d'affaires, tient en suspens, tant qu'elle ne s'est pas produite, des intérêts respectables. Il est donc important de fixer tout d'abord, si certains événements peuvent faire perdre au *dominus* le droit de ratifier les actes du gérant.

5. Quand peut se produire la ratification?

En principe le droit de ratifier les actes du gérant d'affaires ne peut être perdu. Aucun changement dans la situation ou dans la volonté, soit du tiers, qui a contracté avec le gérant, soit du gérant lui-même ne peut empêcher la ratification du *dominus*.

Sans nous attacher aux effets en eux-mêmes de la ratification, disons que la seule volonté du maître suffit pour les produire. La raison en est simple. Que manque-t-il à l'accord intervenu entre le tiers et le gérant pour qu'il ait tous ses effets à l'égard du maître. Ceci, qu'au lieu d'être gérant d'affaires, le *procurator* ait été un véritable mandataire, qu'une autre convention ait précédé celle dont il s'agit, par laquelle le maître ait donné mandat d'agir pour son compte, en un mot que la volonté du *dominus* ait été avec le gérant, qui contractait. Mais en s'engageant, le gérant s'est présenté comme mandataire, il a joué le rôle de représentant autorisé du *dominus*, il a formé ainsi un engagement, il s'est établi entre le *dominus* et lui un quasi-contrat que la volonté du maître suffit à parfaire et auquel la ratification vient en quelque sorte donner le caractère d'un mandat. *Ratihabitio mandato comparatur*.

6. Aucun changement dans la situation ou dans la volonté du tiers ou du gérant ne peut mettre obstacle à la ratification, avons-nous dit, examinons d'après la loi romaine les effets d'un changement de volonté du tiers, qui a contracté avec le gérant.

La loi 24, au Digeste, L. III, T. 5, suppose un paiement effectué par un débiteur entre les mains d'un gérant, mais dans la pensée que ce paiement est fait au créancier, et elle décide que l'opposition ultérieure du débiteur à la ratification du véritable créancier, sa prétention de remettre les choses en état et de reprendre l'objet du paiement ne peuvent avoir de valeur : la raison, c'est que le gérant a fait seulement les affaires du créancier, aussi la cause, qui empêchait la libération d'exister, venant à disparaître, la ratification survenant, le paiement est parfait.

Cujas commentant cette loi ajoute, en précisant davantage la raison, à laquelle nous voulons pour le moment surtout nous attacher : « *Ideo autem etiam invito* » *debitore ratum habenti creditori pecunia acquiritur,* » *quia voluntarius procurator accipiendo creditoris negotium gessit non debitoris.* Et ideo *creditoris solius* non » *etiam debitoris voluntas spectatur.* »

7. Pour ces mêmes raisons, il faut décider qu'un changement de volonté du gérant, pas plus qu'une manifestation contraire de la volonté du tiers, ne peut mettre obstacle à sa ratification.

Qu'y a-t-il eu, en effet, à l'origine? Un acte de volonté du gérant. Ce dernier s'est offert de lui-même comme représentant du *dominus* absent ou empêché. Qu'a-t-il manqué dans ces circonstances, pour qu'au lieu de la gestion d'affaires il y ait un mandat? l'accord des deux volontés du gérant et du *dominus*, et puisque celle du

premier s'est déjà manifestée, plus précisément celle du second seule fait défaut. Conséquemment si à l'origine la seule volonté du gérant d'affaires a suffi pour former le quasi contrat, la seule volonté du *dominus* manifestée par la ratification peut, à elle seule, affirmer le concours des deux volontés et produire, à certains égards, les effets d'un véritable mandat.

8. La loi 24, au Digeste, L. 46, T. 8, vient à l'appui de cette opinion : l'hypothèse qu'elle prévoit est celle d'un gérant qui a demandé pour le maître une *bonorum possessio* ; le gérant devient-il fou, meurt-il, ou se repent-il ? Qu'importe, la ratification peut se produire avec les effets qui lui sont attachés, et la raison, c'est qu'il serait absurde de soutenir qu'un changement de volonté du *procurator*, ou l'impossibilité pour lui de manifester à nouveau ses intentions premières, pût modifier la situation et les droits du *dominus* : « An autem, et si mortuus » fuisset, qui petisset, vel furere cœperit, ratum haberi » possit, videamus ? Nam si in universum perinde haberi » debet, ac si tunc, quum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur ; sed illud consequens futurum, etiam si pœniteat » illum petisse ratum haberi non posse ; quod utique sit » absurdum. *Rectius itaque dicetur, neutram earum causarum impedire ratihabitionem.* »

9. Quand doit se produire la ratification ?

Mais si un changement de volonté de la part du gérant ou du tiers ne peut mettre obstacle à la ratification, quand doit-elle se produire ?

A cause des intérêts qui en dépendent, le législateur décide que le *dominus* doit ratifier le plus tôt possible, aussitôt qu'il aura eu connaissance du fait de gestion.

Ainsi dispose la loi 42, au Digeste, L. 46, T. 8 : « In-
» teresse quando dominus ratam habere deberet solutio-
» nem in procuratorem factam, an tunc demum, *quum*
» *primum certior factus esset*. » Mais elle ajoute aussitôt
que ceci doit s'entendre avec un certain tempérament.
« Hoc autem εν πλατει accipiendum et cum spatio quodam
» temporis nec minimo nec maximo quod magis intellectu
» percipi quam elocutione exprimi possit. »

Le paiement d'ailleurs, dont parle ici le jurisconsulte Ulpien, doit être considéré comme un exemple d'une gestion d'affaires; on ne peut attacher à l'expression *solutio* un sens limitatif : ajoutons qu'il ne suffit pas que la gestion soit connue du maître, qu'il faut encore qu'il puisse juger de son utilité et de ses avantages. C'est à cet effet que lui est laissé ce temps ni trop long, ni trop court, dont il est parlé et que le jurisconsulte trouve plus facile de concevoir que de déterminer dans un texte.

10. Si le *dominus* paraît dépasser le délai qui lui est accordé pour se prononcer, il pourra être mis en demeure.

Supposons, en effet, avec Ulpien, dans la loi 58 pr. du titre *De solutionibus et liberationibus*, qu'un débiteur ait payé entre les mains d'un gérant. Ce débiteur a un puissant intérêt à ce que la ratification soit donnée, car sa libération en dépend. Le prêteur distingue le cas, où le paiement a été fait dans la pensée que la libération aurait lieu immédiatement et celui où elle ne se produirait que par la ratification. Peu importe d'ailleurs, dans l'un et l'autre cas la ratification rend inutile l'action du débiteur, qui a payé, contre le gérant, que le débiteur ait cru qu'il faisait le paiement au créancier lui-même ou à son mandataire ou que, connaissant la situation du gé-

rant, il ait fait dépendre sa libération de la ratification ultérieure. Mais voici la différence entre les deux espèces : alors que dans la première il exercera son action contre le gérant, qu'il avait pris soit pour le créancier en personne, soit pour son mandataire, à l'effet de reprendre les deniers payés; dans la seconde, l'action aura pour effet de mettre le *dominus* en demeure de ratifier. « Idem (Julianus) ait, antequam dominus haberet ratum, » an condiri ex eâ causâ possit? Et ait, interesse, quâ » mente solutio facta esset : utrum, ut statim debitor » liberetur, an vero quum dominus ratum habuisset. » Priore casu confestim posse condici procuratori, et tunc » demum extingui condictionem, cum dominus ratum habuisset : posteriore tunc demum nasci condictionem, » cum dominus ratum non habuisset. »

Aucun délai n'est fixé pour ratifier, sinon celui qui ressort de la nature même des choses et qu'il est facile de concevoir; si la ratification n'intervient pas, possibilité de mettre en demeure le maître de se prononcer : tels sont les principes.

11. Une exception est faite cependant. Le délai est fixé, lorsqu'il s'agit d'une *bonorum possessio*. Mais la même loi, qui dispose ainsi, laisse entrevoir la raison de sa décision.

« Bonorum possessionem ab alio agnitam ratam haberi oportet eo tempore, que adhuc in eâ causâ sit, ut » peti possit. »

L'exception ici se légitime par le même motif, qui a fait édicter un délai préfix de cent jours ou d'un an, suivant les cas, pour l'obtention d'une *bonorum possessio*. L'incertitude sur la personne nantie de l'hérédité laisse en suspens les droits des légataires et des créanciers.

Tant que la *bonorum possessio* n'avait pas été demandée, ces derniers, en particulier, ne savaient contre qui exercer leurs poursuites et pouvaient être tentés de demander rapidement l'envoi en possession (L. III, T. 9, § 8. *De bonorum possessionibus. Inst.*).

Pour obvier à ces inconvénients, il fallait accorder un délai, pendant lequel on pût demander la *possessio bonorum* et pendant lequel les actions des créanciers ne fussent pas à craindre; passé ce délai, les intérêts des personnes, qui étaient en droit de prétendre à la *bonorum possessio*, sont censés avoir été sauvegardés, rien ne s'oppose plus aux poursuites des créanciers. Cent jours ont paru suffisants au législateur romain pour concilier les intérêts des personnes pouvant demander la *bonorum possessio* et auxquelles il importe de ne pas se prononcer à la légère, et ceux des autres, dont la situation n'est point fixée tant que l'hérédité est en suspens. Ce délai est étendu à un an, lorsqu'il s'agit des descendants et ascendants naturels et adoptifs.

12. On conçoit dès lors que, lorsqu'il s'agit d'une *bonorum possessio* demandée par un gérant d'affaires et dont la validité dépend de la ratification, l'incertitude des intéressés ne doit pas se prolonger au delà du temps fixé pour la demander.

13. Le délai de cent jours ou d'un an doit être entendu strictement; en ce sens que le dernier jour arrivé emporte la perte du droit : « Si l'ayant-droit, dit M. Accarias, n'a pas demandé la *bonorum possessio*, la vocation en tant qu'elle était fondée sur le titre qu'il a négligé de faire valoir, s'évanouit absolument ⁽¹⁾. »

(1) *Précis de droit romain*, t. II, n° 460.

Ceci doit être appliqué en matière de ratification, et il faut en conclure que le droit de ratifier du *dominus* est aussi bien perdu, lorsque la mort ou l'incapacité l'empêche de manifester sa volonté dans le délai voulu, que lorsque sciemment il a laissé passer ce même délai (1). Ainsi donc il faut admettre que, tandis que la mort, l'incapacité ou un changement de volonté du gérant laissent intact le droit pour le *dominus* de ratifier, l'incapacité de ce même *dominus* ne peut être dans la matière, qui nous occupe, celle d'une *bonorum possessio*, une raison pour lui de prolonger le délai préfix fixé dans le *principium* de la loi 24.

14. Paul cependant, dans la loi 16 du Titre *De bonorum possessione*, suppose que le *dominus*, après avoir connu la demande en possession de biens faite en son nom, est pris de folie et se trouve par conséquent dans l'impossibilité de manifester sa volonté eu égard à l'acte du gérant; dans cette hypothèse, il tient pour ratification le silence du maître : « Quoties is, cui bonorum possessio ab altero postulata est, furere cœperit, » magis probatur, ratum eum videri habuisse. »

Cette opinion, outre qu'elle vient directement à l'encontre de la doctrine consacrée par les lois 24 pr. du titre *Ratam rem haberi* et 5 du titre *Quis ordo in poss.* et rapportée plus haut, nous paraît s'éloigner du principe

(1) Le paragraphe 1^{er} de la loi 24, quand il prévoit la mort ou la folie et qu'il décide que ni cette mort ni cette folie ne mettent obstacle à la ratification d'une gestion d'affaires, portant précisément sur une demande en possession de biens, n'entend parler que de la mort ou de la folie du gérant et non de celles du maître. Les mots : *qui petisset* : au début de la phrase, ne laissent sur ce point aucun doute.

pour lequel un délai préfix de cent jours ou d'une année a été fixé en notre matière.

En cas de folie, d'incapacité du maître, dira-t-on, la manifestation de volonté est impossible. — Qu'importe répondrait-on, dans la rigueur des premiers principes, les intérêts contraires des personnes en droit de demander la *bonorum possessio* et des tiers ont été conciliés par un délai de cent jours ou d'un an, pendant lequel les premiers pourraient réfléchir et délibérer et après lequel leurs droits seraient sacrifiés.

15. Selon nous, la décision du jurisconsulte Paul marque une transition dans la doctrine romaine et une réaction en faveur des héritiers, qui n'ont pas demandé dans le délai voulu la *bonorum possessio*. La loi 8 au Code du titre : *Qui admittit ad bonorum possessionem*, L. VII, T. 3, consacre cette opinion. L'empereur Constance y déclare que ceux, qui désormais pour certaines causes, ignorance ou absence, auront laissé passer le délai n'encourront pas déchéance du droit de demander la possession de biens.

« Quicumque res ex parentum vel proximorum successione jure sibi competere confidit, sciat, sibi non obesse, si per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam vel quamcumque aliam rationem intra præfinitum tempus bonorum possessionem minime petiisse noscatur, quoniam hæc sanctio hujus consuetudinis necessitatem mutavit. »

M. Accarias, commentant ce texte, ajoute : « La pensée de l'empereur est que désormais on ne l'attachera plus aussi rigoureusement qu'autrefois au délai dont il va être bientôt parlé (le délai de cent jours ou d'un an), et que celui qui pourra expliquer son silence, autrement que par

l'intention de répudier, sera admis, nonobstant l'expiration de ce délai, à demander la *bonorum possessio* (1). »

Le sentiment de notre savant maître vient appuyer le nôtre. C'est bien l'abandon du principe strictement entendu au début que consacre cette loi. En présence de son texte, qui pourrait soutenir qu'après l'empereur Constance, le maître, fou, empêché ou ignorant, ne put ratifier, même passé le délai de cent jours ou d'un an, une demande en possession de biens, faite par un gérant d'affaires?

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, p. 115, n° 458, note 3.

CHAPITRE II.

Effets de la ratification entre les parties.



16. Au point de vue des rapports existant entre le *dominus* et le gérant d'affaires, quel est le sens qu'il faut attacher à ce brocard, qui termine la loi 12 au Digeste du titre *De solutionibus : Ratihabitio mandato comparatur*? Est-ce à dire qu'un véritable mandat va se trouver remplacer le quasi-contrat de gestion d'affaires, que tous les caractères et tous les effets attachés au mandat vont être produits par le seul fait de la ratification?

Examinons, pour répondre à cette question, les effets produits entre les parties par la ratification.

17. 1° En ratifiant, le *dominus* abandonne le droit de critiquer la gestion d'affaires.

Celui qui, de retour, a connaissance des actes accomplis pour son compte pendant son absence et sans mandat, et qui approuve la conduite du gérant, soit tacitement, soit expressément, qui continue, par exemple, comme

nous l'avons vu plus haut, l'affaire commencée, ne peut plus ultérieurement revenir sur l'adhésion qu'il a d'abord donnée, et demander compte au gérant d'une conduite qu'au début il n'a pas blâmée.

« L'utilité de la gestion d'affaires doit être tenue pour aussi certaine que si elle avait été judiciairement constatée (1). » « Sed eo dictum, te mihi non teneri, quod » reprobare non possim semel probatum; et quemadmodum, quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne, quod ab ipso probatum est, » disait Scevola dans la Loi 9 du titre *De negotiis gestis*.

Marquons d'ailleurs l'importance qu'il y a pour le gérant à voir constater et tenir pour certaine l'utilité de ces actes. Ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il peut exercer contre le *dominus* l'action *negotiorum gestorum contraria*.

18. 2° La ratification a encore cet effet de faire vôtre une gestion, qui, à l'origine, vous était étrangère, mais qui a été accomplie par le gérant comme se rapportant à vos affaires. On suppose ici que le *procurator* a cru faire l'affaire du maître, alors que se trompant il n'exécutait qu'un acte absolument étranger au patrimoine de ce dernier. La ratification fait que le maître doit être regardé comme ayant agi à la place du gérant, bien que l'acte en lui-même ne puisse être considéré comme rentrant dans la gestion de ses affaires.

19. Voyons l'espèce prévue par la loi 6, § 9 du titre *De negotiis gestis*. Une personne, croyant que Titius est notre débiteur, lui a demandé le paiement d'une certaine

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 656, § 2, p. 592.

somme, que Titius a payée; or, Titius n'est pas débiteur du *dominus*; cependant si ce dernier ratifie, on se demande quels vont être les effets de cette ratification et en particulier si la personne, au nom de laquelle le paiement a été exigé, pourra, ayant ratifié, intenter contre celle qui l'a demandé l'action *negotiorum gestorum*?

Pomponius décide qu'elle le pourra, que le *dominus* par la ratification aura le droit de réclamer les écus et que ce sera contre lui que Titius devra intenter son action en répétition de l'indu. « Ratihabitio, inquit, fecit » tuum negotium et sicut ei, a quo exactum est, adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit, ita et ipsi » debeat post ratihabitionem adversus me competere » actio. »

Cette solution cependant n'est pas donnée, sans que le jurisconsulte n'ait reconnu que le cas est délicat et que l'hésitation est naturelle; car enfin ce n'est pas l'affaire du *dominus*, qui a été gérée, Titius n'était pas son débiteur. N'importe : « Ratihabitio constituet negotium tuum, » quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione » gestum. »

La solution, en effet, se légitime par cette considération que si le *dominus* n'était pas, à vrai dire, créancier, le gérant ne l'était pas davantage, et que le premier a cet avantage sur le second, que c'est en sa considération que le prétendu débiteur a payé.

20. Une espèce analogue est présentée dans la même loi, au paragraphe suivant. Le jurisconsulte suppose ici que dans la croyance que Titius défunt avait pour héritier telle personne, quand, au contraire c'était Seius, au nom de cette personne j'ai sanctionné un débiteur héréditaire : si ma gestion est ratifiée, entre moi et la per-

sonné dont j'ai cru gérer les affaires, il y aura lieu aux actions *negotiorum gestorum*. « Atqui alienum negotium » gestum est, sed ratihabitio hoc conciliat; quæ res efficit, ut tuum negotium gestum videatur et a te hereditas » peti possit. »

Bien que ce soit l'affaire d'un autre qui ait été gérée, la ratification va couvrir cela, de sorte que l'affaire sera considérée comme étant réellement celle de celui qui ratifiera, et que ce sera contre lui que l'hérédité devra intenter la *condictio indebiti*.

21. La doctrine, qui résulte de ces deux solutions, ne doit pas être cependant entendue sans un certain tempérament. Dans les deux espèces prévues aux paragraphes 9 et 10, qui viennent d'être étudiées, les choses sont encore en état à l'égard du tiers qui a payé à tort. Pour lui la ratification n'a que cet effet de changer la personne, à laquelle il devra réclamer la somme qu'il a payée par erreur. Quant à l'autre personne, qui était dans le paragraphe 9 le véritable créancier, dans le paragraphe 10 le véritable héritier, ses droits ne se trouvent nullement modifiés. Ils n'ont été ni diminués ni augmentés par le fait du gérant. C'est pourquoi, les effets de la ratification se trouvant circonscrits entre le *dominus* et le gérant, on admet que par elle le premier se trouve pleinement substitué au second.

Il en est autrement, lorsque la gestion a produit ses effets à l'égard d'autres personnes, lorsque son résultat et le bénéfice qui en provient, ont été acquis à autrui. Telle est l'espèce prévue par le § 44 : Vous croyant héritier, suppose le jurisconsulte, j'ai amélioré un fonds de l'hérédité; la personne dont je vous croyais l'héritier, n'était pas morte, elle a donc profité des améliorations

que j'avais faites et dont je voulais vous faire profiter : pour cette raison, la ratification ne produira pas les effets signalés plus haut : « Quum hoc facto meo alter sit locutus » pletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit, nec » possit, quod alii acquisitum est ipso gestu, hoc tuum » negotium videri. »

22. Au paragraphe 6 de la même loi est étudiée une espèce extrêmement intéressante, car elle met en relief les effets différents de la ratification, selon le caractère qu'a eu la gestion d'affaires.

Le gérant a administré le pécule d'un fils de famille ou d'un esclave. Aura-t-il une action *negotiorum gestorum* contre le père ?

Julien est d'accord avec Labéon et Pomponius pour distinguer, selon que la gestion a été faite en considération du père ou en considération du fils. Dans le premier cas, l'action *negotiorum gestorum* peut être exercée contre le *paterfamilias*; dans le second, c'est l'action *de peculio* qui est donnée; peu importe que, dans la seconde hypothèse, le père de famille ait ratifié : *Nihil agitur ratihabitione*.

23. Cujas, commentant cette loi, nous explique en ces termes la partie qui nous intéresse : « Efficax est ratihabitionis patris, ac proinde pater in solidum obligatur, si » ratum habuerit, quod filius gessit, et justo comparatur, » ac proinde pater in solidum obligatur, l. 1 *infra quod » justu*. Sed si ratum habuerit, quod alius gessit pro filio » et contemplatione filii, nihil agit ratihabitio, id est, » ratihabitio hujusmodi patrem non obligat in solidum, » sed in peculium duntaxat, vel si nihil fit in peculio, ut » si quod debetur patri, omne peculium absumat, patrem » obligat, in quantum locupletior factus est ex meâ ad-

» ministratiōne, hoc est, de in rem verso, ne quid lucre-
» tur cum detrimento meo (1). »

Lors donc que je ratifie un acte qui a été fait à l'occasion du pécule de mon fils ou de mon esclave, mais dans l'intention de me profiter, cela équivaut à la ratification même, qui serait donnée à la gestion de mon fils ou de mon esclave.

L'effet, que produit la ratification, est de m'obliger pour le tout. Au contraire que je ratifie une gestion, qui n'a été accomplie qu'en vue d'obliger mon fils ou mon esclave, l'effet de la ratification sera différent, je ne serai plus tenu que dans les limites du pécule et s'il ne reste rien du pécule, qu'autant que la gestion ratifiée n'a profité, c'est-à-dire *de in rem verso*. *Et ita hic locus explicandus*.

24. Ainsi et d'une façon générale la ratification vaut mandat; les principes du mandat sont désormais applicables dans la mesure, que nous venons d'indiquer à une gestion d'affaires ratifiée. Est-ce à dire que l'assimilation ou plutôt la substitution va aller jusqu'à changer les actions directe et contraire de gestion d'affaires, qui existent entre le *dominus* et le gérant en actions directe et contraire de mandat.

L'intérêt est minime, car que le *dominus* se serve de l'action *negotiorum gestorum* ou de l'action *mandati*, peu importe; sa ratification, nous l'avons vu, lui enlève le droit de critiquer la gestion, et quant à l'indemnité, à laquelle a droit le gérant, elle est la même que celle qui pourrait résulter d'un mandat.

L'intérêt ne consiste donc qu'à savoir quelle sera la

(1) *Opera Jacobi Cujacis*, t. VI, p. 15, 1^{re} et 2^e c.

qualification donnée à l'affaire, dont il s'agit, dans la formule. Encore cet intérêt est-il de faible importance, puisqu'en se trompant sur cette qualification on ne compromet pas son droit ⁽¹⁾.

25. Comment donc est née la controverse entre les jurisconsultes et les commentateurs sur le point qui nous occupe.

Deux lois sont particulièrement importantes en cette matière. Ce sont les lois 9, *De negotiis gestis* et 60, *De regulis juris* au Digeste. La première est ainsi conçue : « Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat : nam quomodo cum semel cœperit, nudâ voluntate tolletur? Sed superius ita verum se putare si dolus malus a te absit. »

Dans l'hypothèse d'une gestion dolosive, Pomponius est d'avis que si le maître ratifie, il n'y a pas lieu à l'action *negotiorum gestorum*.

Comme il est de principe qu'une action ne puisse s'éteindre par un simple acte de volonté, que va-t-on admettre avec ce jurisconsulte au sujet de l'action, tant que la ratification ne s'est pas produite? Indépendante quant à son existence, même de la ratification ou de la non ratification, l'action ne sera fixée quant à son nom et à sa nature qu'au moment, où le maître manifestera sa volonté ⁽²⁾.

(1) Gaius, IV, § 58.

(2) V. Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 656, § 2 en note.

26. Scévola pense, au contraire, que malgré la ratification, c'est l'action *negotiorum gestorum*, qui compète. Mais il a soin d'avertir que, bien que subsistant, cette action ne va pas faire que le maître puisse critiquer ce qu'il a approuvé; ce qui a été ratifié doit être tenu pour aussi certain que ce qui a été reconnu devant le juge.

Scévola nous donne la raison de son opinion : « Cœ-
» terum, si ubi probavi non est negotiorum gestorum
» actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et proba-
» verim? Quemadmodum recipiam? Item si vendiderit;
» ipse denique, si quid impendit, quemadmodum reci-
» piet? *Nam utique mandatum non est* : erit igitur et
» post ratihabitionem negotiorum gestorum actio. »

La raison, c'est que si par la ratification il n'y a pas d'action *negotiorum gestorum*, on ne voit pas ce qui va advenir, quant aux paiements exigés et reçus par le gérant ou aux sommes provenant des ventes qu'il a faites. Comment le *dominus* rentrera-t-il dans cet argent? Car, et ceci est important à remarquer, la gestion ne peut être considérée comme un mandat. *Nam utique mandatum non est*. Comme un mandat, entendons-le; au point de vue qui nous occupe, de la substitution des actions *mandati* aux actions *negotiorum gestorum*, car pour le reste, quelques lignes plus haut le jurisconsulte a reconnu que l'utilité de la gestion ne pouvait plus être contestée.

« On aurait en effet, dit M. Accarias, un contrat de mandat qui se formerait après son exécution. »

27. A cette doctrine qui nous paraît être la véritable et qu'appuient de nombreuses lois, on oppose la loi 60, *De regulis juris*, qui, en notre matière, a fait le désespoir des commentateurs. Elle est ainsi conçue : « Semper qui

» non prohibet pro se intervenire, mandare creditur.
» Sed et si quis ratum habuerit, quod gestum est, obstrin-
» gitur mandati actione. » Cette loi vient directement à l'encontre du sentiment exprimé plus haut en ce qu'elle dispose qu'en cas de ratification le *dominus* est tenu de l'action de mandat.

28. Diverses explications en ont été proposées. Examinons-les, et en particulier, étudions le commentaire qu'en donne Cujas ⁽¹⁾; outre le sentiment du savant, on y trouve la réfutation des interprétations données par Accurse et Bulgarus.

29. Après avoir expliqué que le silence de la part d'une personne, qui sait qu'un tel s'engage pour autrui, en son nom, équivaut à un mandat : *Taciturnitas imitatur mandatum, atque ita mandatum contrahitur tacito consensu*. Cujas s'attache aux effets produits par la ratification. « Ratihabitio etiam hic mandato comparatur, ut si » quis pro Titio absente fidejusserit, et ignorante, is vero » postea ratum habuerit, tenetur mandati fidejussori. » *Denique mandati actione tenetur, qui tacuit aut ratum » habuit.* »

La ratification aussi doit être comparée au mandat. Si quelqu'un s'est porté fidéjusseur au nom de Titius absent qui ignore cet engagement, et que dans la suite Titius de retour ratifie, il est tenu envers le fidéjusseur de l'action de mandat. En un mot, la non-opposition ou la ratification donne naissance à cette action.

Cujas admet donc la doctrine exprimée par Ulpien dans le texte qu'il commente, la loi 60, *De regulis juris*. Il ajoute, ce qui est important à retenir pour opposer à une

(1) *Opera Cujacis*, t. VIII, p. 784.

explication qui a été présentée sur ce texte : *Posui exempla hic in fidejussore, sed patet latius hæc regula* : la fidéjussion n'a été prise ici qu'à titre d'exemple, la règle est plus étendue. *Quod dicitur de fidejussore, idem dicatur de omnibus intervenientibus.*

30. Telle est l'opinion du commentateur lorsqu'il s'agit d'*intercessio*, voyons comment il va concilier son sentiment avec les lois citées plus haut et qui n'accorde après la ratification que l'action *negotiorum gestorum*.

« Sed obstat huic sententiæ lex *si pupilli*, item quæritur et § *De negotiis gestis* (LL. 6 pr. et § 9 et 10, L. III, t. 5, D.). Species hæc est : Quidam accepit meo nomine pecuniam a Titio quam mihi non debebat sed alii. Itaque alienum negotium gessit proprie, sed mei contemplatione; quæritur : An fit ultro citroque actio negotiorum gestorum et possit petere pecuniam eam? Videtur non esse : quia alienum est negotium. Ratihabitio tamen facit, ut videatur negotium meum gestum, et erit mutua actio negotiorum gestorum. »

Cette opinion, avoue Cujas, est contredite par le texte de la Loi 6, *De negotiis gestis*; l'espèce qui y est prévue est celle-ci : Un gérant d'affaires en mon nom a réclamé de Titius un paiement, que Titius ne devait pas. Il a géré l'affaire d'autrui, croyant gérer celle du *dominus*. De part et d'autre y aura-t-il lieu à l'action *negotiorum gestorum* ?

Au premier abord il semble que non, car l'affaire gérée n'est pas celle du *dominus*. La ratification cependant a cet effet que cette affaire sera considérée comme la sienne et qu'il y aura lieu aux actions réciproques de gestion d'affaires.

31. Est-ce à dire que Cujas, après avoir adopté comme

règle dans tous les cas d'*intercessio* la loi 60, *De regulis juris*, va abandonner sa décision relative à l'action de mandat, dans l'hypothèse prévue par la loi 6, *De negotiis gestis*? Non, car il ajoute : « Verum est, esse negotiorum » gestorum actionem, si ratum habuero : sed tentari potest, esse etiam mandati actionem. Nam ratihabitio » duplicem vim habet, ut alienum negotium meum faciat » et habeat etiam vim mandati. Et hæ actiones ambæ » sæpe etiam concurrunt et agetur ex contractu et quasi- » contractu. »

Ainsi donc, en cas de ratification, l'action de gestion d'affaires peut être intentée, mais on peut se servir aussi de l'action de mandat. La ratification a ce double effet de faire mienne l'affaire d'autrui et de produire les effets du mandat. Les deux actions concourent souvent ainsi, et on peut actionner soit en vertu du contrat, soit en vertu du quasi-contrat.

32. Cette explication, malheureusement, est en contradiction avec les deux textes que Cujas s'efforce de concilier. Ceux-ci ne parlent l'un et l'autre que d'une seule action, l'action de gestion d'affaires au titre *De negotiis gestis*, celle de mandat au titre *De regulis juris*. S'il avait été dans l'esprit des jurisconsultes romains, auteurs de ces lois, d'affirmer l'existence simultanée des deux actions, en cas de ratification, assurément ils n'auraient pas manqué de signaler ce résultat et cela d'une façon précise; or, il n'en est rien. Cujas, d'ailleurs, n'explique pas comment, lorsqu'il admet la possibilité d'intenter l'action de mandat, il s'est fait qu'un tel contrat fut né et ait été formé après son exécution. Ceci est la grosse objection, à laquelle nulle part on ne trouve de réponse.

La conciliation proposée est assurément l'œuvre d'un savant et ingénieux commentateur, mais elle ne peut être adoptée.

33. Continuons d'étudier le commentaire, et passons à la réfutation de deux autres explications : « Itaque » non est utendum divinationibus hic ab Accursio tra- » ditis : quia res sua gesta est. » Accurse avait distingué, selon que la gestion d'affaires avait eu pour objet la chose même du maître ou une chose étrangère. Dans le premier cas seulement, il y a substitution de l'action de mandat à l'action de gestion d'affaires. A ceci nous ne répondons qu'une chose : cette doctrine est contraire au texte de deux lois, qui consacrent que l'action *negotiorum gestorum* est possible, alors que, d'après Accurse, celle de mandat devrait seule être admise. Ce sont les lois 19 au Code, L. 2, T. 19, et 3 au Code, L. 3, T. 32.

34. Cujas continue : « Altera est divinatio Bulgari, » qui negotium suum ratum habuit, in hoc specie actio- » nem mandati habet, quia ratam rem habuit gestam a » præsente, id est, quia præsentia fecit, ut ratihabitio » sit mandatum. At in l. 6 res gesta ab absente rata » habita est : hæc simplex ratihabitio eandem vim non » habet, id est, non magis rem gestam aut ab absente, » aut præsente; itaque si est res gesta ab absente, ut » alienum negotium faciat nostrum, non habet mandati » actionem. » Il est une autre explication d'un caractère divinatoire proposée par Bulgarus. La ratification donne lieu à l'action de mandat lorsque, comme dans notre espèce, le maître est présent; c'est la présence du *dominus* qui fait qu'il y a mandat. Dans la loi 6, au contraire, le maître était absent, dans ce cas, la simple

ratification n'a plus la même force et ne produit plus les mêmes effets.

35. La phrase de Cujas est obscure, on n'en peut douter; en la lisant on ne sait au juste s'il parle d'une ratification donnée par un maître absent ou présent ou au contraire s'il faut s'attacher, pour comprendre l'opinion de Bulgarus, à la présence ou à l'absence du maître, au moment où l'affaire est gérée en son nom.

Mais l'explication même de Bulgarus, à laquelle nous nous sommes reportés, ne laisse aucun doute; c'est bien le moment, où se produit la gestion d'affaires, qu'il faut considérer : « Ubi pro me præsentè intervenis, » dit ce commentateur ⁽¹⁾, « si non recuso mandare videor, ubi » vero pro absente sed postea ratum habente æque man- » dati actione obstringor. »

36. Nous ne pensons pas que cette explication puisse être adoptée plus que les autres qui l'ont précédée. Les textes du Digeste ne permettent pas de supposer que les jurisconsultes romains aient fait pareille distinction; d'ailleurs si la ratification est donnée, qu'importe que l'affaire ait été gérée, que le gérant se soit donné comme un mandataire, le maître étant présent ou absent; du moment où ce dernier ratifie, c'est qu'il a pu apprécier la gestion, qu'il en a constaté l'utilité et qu'il a renoncé à la critiquer.

37. Pour conclure, résignons-nous à ne pas chercher entre les lois 60, *De regulis juris*, et les autres textes une conciliation que tant de commentateurs ont vainement essayé de trouver; constatons qu'il y avait sur le point

(1) *Bulgari ad Digestorum titulum de diversis regulis juris antiqui commentarius*, p. 54.

en question controverse entre les jurisconsultes romains, et prenant parti dans cette discussion, rallions-nous à l'opinion de M. Accarias et de tant d'autres, à savoir, que si la ratification modifie sensiblement les rapports du *dominus* et du gérant, à ce point qu'à beaucoup d'égards on a pu dire qu'elle équivaut à un mandat, elle n'a pas cependant cet effet de substituer aux actions *negotiorum gestorum*, nées du quasi-contrat originaire, celle de mandat.

CHAPITRE III.

Effets de la ratification à l'égard des tiers.



38. Le principe *ratihabitio mandato æquiparatur*, dont nous venons d'étudier certaines conséquences, n'a pas pour effet de substituer entièrement le *dominus* au gérant, au point de faire considérer le dernier comme n'ayant jamais existé et le premier comme ayant été un des contractants.

Une telle conséquence dépasserait les effets même du mandat. A Rome, en effet, on n'admettait pas le principe de la représentation; le mandant lui-même n'était point censé contracter par son mandataire; et l'on doit comprendre qu'à la représentation, qui n'était pas admise en cas de mandat ne pouvait pas l'être davantage, lorsque sans l'ordre du *dominus*, en soupçonnant uniquement ses intentions, une personne étrangère avait géré ses affaires, et que postérieurement le *dominus* avait ratifié la conduite de celui qui n'était pas son mandataire à l'origine.

39. Pas plus que dans le mandat on ne peut regarder le gérant comme ayant représenté le *dominus*, qui a ratifié, mais l'effet que va produire la ratification, c'est la rétroactivité au jour de la gestion. Si le maître ne peut être considéré comme ayant contracté avec les tiers, par la ratification du moins il s'appropriera les actes du gérant avec effet rétroactif au jour où il se sont produits.

40. Le principe de l'obligation ou du droit reste fixé dans la personne du gérant. C'est ce qu'indique d'une façon très-précise M. Labbé dans sa dissertation sur *la ratification des actes du gérant d'affaires* ⁽¹⁾. « En ratifiant, dit notre savant maître, je ne contracte pas de nouveau avec les tiers... je me substitue au gérant dans le contrat qu'il a formé. Il a endossé à mon insu une personnalité. Je l'approuve et je prends d'une manière définitive la place, qu'il a occupée pour moi provisoirement. Par conséquent, tous les effets juridiques d'obligation, de paiement, d'aliénation ne pouvant découler que des actes du gérant, doivent dater du jour, où ces actes ont été accomplis, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers; il n'y a qu'un principe possible d'acquisition, d'aliénation ou d'obligation, c'est le contrat fait par le gérant au nom du maître de l'affaire. Considérer la ratification comme la cause unique et primordiale d'un droit, d'un changement dans les conditions des parties, c'est nier que le maître, qui ratifie, ait été représenté par le gérant, c'est nier qu'il y ait eu pour autrui une gestion d'affaires utile, efficace, c'est aller contre le sens et le but de la ratification même. »

41. Il y a donc attribution avec rétroactivité au jour

(1) P. 44.

de la gestion, au *dominus* qui ratifie, des effets de cette même gestion. Etudions à ce point de vue la législation de Rome et distinguons tout d'abord les obligations et les droits réels.

42. Obligations. — A Rome, il était de principe qu'on ne pouvait, en contractant au nom d'un absent, faire que directement et immédiatement cette personne devînt créancière.

Lors donc qu'un mandat était donné de contracter, ou que la ratification intervenait à propos d'une gestion exécutée sans l'ordre du *dominus*, les obligations, soit directement, soit avec effet rétroactif, ne naissaient pas dans la personne du mandant ou du *dominus* ratifiant. Pour exercer les droits de la personne qui s'était présentée pour son compte, il était nécessaire que le mandant ou le *dominus* se présentât comme le propre mandataire de cette personne, qu'il fût ainsi mandataire dans sa propre affaire, *procurator in rem suam*.

43. Ce n'est donc pas, comme le dit fort justement M. Labbé, à propos de la naissance des obligations, à l'origine même des droits personnels, qu'il faut chercher des textes sur la rétroactivité de la ratification.

44. On admettait, au contraire, que la libération pouvait résulter d'un paiement effectué entre les mains d'un représentant. Mais entendons-le pour fixer le principe d'un représentant autorisé et à plus forte raison d'un *adjectus solutionis gratiâ*. « Vero procuratori recte » solvitur, dit Ulpien. Verum autem accipere debemus » eum, cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium » negotiorum administratio mandata est » (LL. 12, L. 46, T. 3, au Digeste).

45. En matière de mandat, la libération résulte donc

du paiement fait au *procurator*; la conséquence immédiate, c'est qu'en matière de gestion d'affaires, la ratification aura pour effet de libérer le débiteur, au jour même où il a payé.

46. Un grand nombre de textes viennent consacrer cette doctrine.

Elle est affirmée avec une grande netteté dans une constitution de Dioclétien, au titre *De solutionibus et liberationibus* au Code, loi 12 : « Invito vel ignorante » creditore, qui solvit alii, se non liberat obligatione. » Quod si hoc, vel si mandante vel ratum habente eo, » fecerit, non minus liberationem consequitur quam si » eidem creditori solvisset. »

Le paiement fait à un étranger malgré l'opposition ou dans l'ignorance du créancier n'a pas d'effet libératoire. Si, au contraire, c'est un mandataire qui le reçoit ou bien un gérant d'affaires dont la gestion est ratifiée ensuite, la libération se produit comme si le créancier lui-même avait reçu le paiement.

47. La loi 71 du titre *De solutionibus*, au Digeste, dans son paragraphe 2, nous offre une application de ce principe : « Si ignorans creditor procuratori suo solutum, » servo debitoris filiove acceptum fecerit, postea autem » rescierit et ratum habuerit, confirmetur solutio; et » quod acceptum latum sit, nullius momenti est, et » contra si ratum non habuerit, quod acceptum fecerit » confirmatur. »

Un créancier, ignorant qu'un paiement a été fait à une personne, qui agissait en son nom, fait *acceptilatio* au fils ou à l'esclave de son débiteur; plus tard, ayant connaissance du paiement il le ratifie.

Il semble alors que l'*acceptilatio* ayant éteint la dette,

la ratification ne produira pas d'effet et que le débiteur pourra intenter contre le gérant une *condictio* à l'effet de reprendre les deniers. Le jurisconsulte Celse rend une décision contraire. « Le paiement est ratifié, on doit considérer l'*acceptilatio* comme n'ayant jamais existé; au contraire, s'il n'y avait pas eu ratification, c'eût été l'*acceptilatio* qui eût été confirmée. »

Cette loi précise l'effet rétroactif de la ratification; car si cette rétroactivité n'existait pas, si les effets du paiement n'étaient attribués au *dominus* qu'au jour de la ratification, il est clair que l'*acceptilatio*, faite par ce *dominus* créancier antérieurement à la ratification donnée, ferait à son égard que le paiement aurait été effectué sans cause.

48. On ne peut opposer la loi 58 *Principium*, L. 46, T. III, comme consacrant une décision contraire. Cette loi cependant est ainsi conçue : « Si quis offerenti se negotiis » alienis bonâ fide solverit, quando liberetur? Et ait » Julianus, cum dominus ratum habuerit tunc liberari. » Si un paiement a été fait à un gérant d'affaires, quand aura lieu la libération? Julien répond, lorsque le maître ratifiera. Ce texte ne statue pas sur la question de rétroactivité; il fixe seulement le moment à partir duquel il y aura lieu à rétroactivité.

Ce qui le prouve, c'est le paragraphe 2 de la même loi, dans lequel Ulpien examine la question de l'effet rétroactif de la ratification dans l'espèce de deux *correi stipulandi* : « Si duo rei stipulandi sunt, quorum alterius » absentis procuratori datum, antequam is ratum haberet, » interim alteri solutum est; in pendenti est posterior » solutio, ac prior, quippe incertum est debitum an inde- » bitum, exegerit. »

On a payé au gérant d'affaires d'un *correus stipulandi* absent, avant qu'il ait ratifié, le débiteur a payé de nouveau à l'autre *correus*. Quel est le paiement qui est valable? On ne sait, car on ignore, tant que la ratification n'a pas eu lieu si le premier paiement a été fait à tort ou à raison.

49. Concluons donc que la rétroactivité se produit, lorsqu'il y a ratification d'un paiement reçu, en matière de gestion d'affaires.

50. *Droits réels.* — De même que pour les obligations nous rencontrons ici une matière, où la représentation n'est pas admise. C'est celle des modes solennels d'acquisition. La mancipation et l'*in jure cessio* excluaient l'idée d'une représentation; les formes solennelles dont étaient entourés ces deux actes et l'affirmation du droit de propriété, qui s'y produisait, de la part de la personne qui prétendait l'avoir, ne comportaient pas l'intervention d'un mandataire; en ce sens du moins que les effets de la mancipation ou de l'*in jure cessio* ne se produisaient pas directement dans la personne du mandant représenté, mais bien dans celle du mandataire.

51. Conséquemment pour revenir à notre matière, dans le cas, où le gérant avait acquis par mancipation ou *in jure cessio*, la ratification n'avait pas d'effet rétroactif et pour que le *dominus* profitât des avantages de l'acquisition du gérant, il était de toute nécessité que celui-ci devenu propriétaire, rétrocédât la propriété au maître. Dans cette hypothèse, le *dominus* acquerrait non de l'aliénateur mais du gérant et ne devenait propriétaire que du jour de la rétrocession.

52. La règle : *Nihil per extraneam personam nobis adquiritur* : d'une vérité absolue, lorsqu'il s'agit de

mancipation ou d'*in jure cessio* ne s'applique plus au cas où l'acquisition se produit par un mode non solennel : nous voulons parler de la tradition.

53. Quels étaient les effets de la tradition?

Si le *tradens* était propriétaire et que la chose livrée fût *res nec Mancipi*, elle conférait immédiatement la propriété ; dans le cas où la chose était *res Mancipi*, la tradition émanant du propriétaire donnait à l'*accipiens* l'*in bonis* ; si le *tradens* n'était pas propriétaire elle mettait l'*accipiens* *in causâ usucapiendi*. Or, par la tradition, il fut admis que l'on pouvait acquérir *per personam extraneam*. M. Accarias a fixé le principe en ces termes : « Toutes les fois qu'une personne agissant en notre nom appréhende matériellement une chose, soit par notre volonté, soit en vertu d'un pouvoir légal, elle nous rend immédiatement possesseur, encore que nous ignorions le fait de l'entrée en possession (1). »

54. Ce principe est-il applicable en matière de gestion d'affaires et peut-on dire que la ratification a cet effet de nous rendre immédiatement possesseur, encore que nous ayons ignoré le fait de l'entrée en possession et cela dès le jour où le gérant a commencé de posséder.

55. La discussion ne s'élève pas, lorsque, au lieu de la possession, il s'agit de la propriété elle-même. Supposons, en effet, que le *tradens*, étant propriétaire, ait livré au gérant une *res nec Mancipi*, celui-ci devient immédiatement propriétaire et en ratifiant, le maître acquiert le droit de propriété au jour même où la *res* a été remise aux mains du gérant.

(1) *Précis de droit romain*, t. I, n° 300.

56. La loi 24, *De negotiis gestis*, au Digeste, loi déjà citée, vient à l'appui de cette opinion.

Le jurisconsulte Paul suppose que le paiement a été fait au gérant d'une personne qui s'est trompée, croyant l'effectuer entre les mains de son créancier. Dans ce cas, dit M. Labbé, le débiteur, qui a payé à tort, « est menacé de la rétroactivité de la ratification du créancier. Si la ratification ne rétroagissait pas et si le débiteur ne cessait d'être propriétaire que du jour de cette ratification, est-ce qu'il n'aurait pas jusque-là la libre disposition de sa chose? S'il en est autrement..., n'est-ce pas que la *procurator*, si le *dominus* ratifie, se trouvera l'avoir représenté aussi efficacement qu'en vertu d'un mandat et l'avoir rendu propriétaire dès le moment de la prise de possession ⁽¹⁾. »

57. En est-il de même pour la possession, lorsqu'au lieu du droit de propriété le gérant ne s'est trouvé acquérir que la possession; quand, par exemple, la chose à lui livrée ne l'a été que par une personne qui n'était pas propriétaire?

M. de Savigny a contesté cet effet à la ratification. Il a distingué entre les effets juridiques et les choses de fait. Or, la possession est un fait, la rétroactivité, qui est une fiction *juridique*, ne peut s'appliquer à elle; la ratification ne peut faire que le maître qui n'a pas été possesseur puisse être considéré comme l'ayant été, dès le jour où le gérant a reçu l'objet.

58. A ceci on fait deux réponses, à la vérité non confirmées par les textes.

1° Si la distinction de M. de Savigny est vraie, si l'on doit en tenir compte, on peut s'étonner que la rétroacti-

(1) M. Labbé, p. 21.

vité de la ratification soit admise, quand il s'agit de l'acquisition de la possession, cause de l'acquisition de la propriété.

2° Justinien, en qualifiant de subtile la distinction entre le fait et le droit et en lui refusant tout effet, non-seulement rend impossible le raisonnement du romaniste allemand, à partir de son époque, mais permet de supposer que bien antérieurement à lui, il était admis à Rome que la considération présentée par M. de Savigny ne mettait pas obstacle à l'effet rétroactif de la ratification.

59. L'espèce à propos de laquelle statue l'empereur est précise, et il est ici intéressant de la rapporter. Une donation, suppose-t-il, est nulle, parce qu'elle a été faite, par exemple à un époux par son épouse; néanmoins, la mort du donateur intervenant sans qu'il y ait eu manifestation de sa volonté de reprendre l'objet donné, vaut confirmation. La loi 25 au Code, L. 5, T. XVI, ajoute, ce qu'il est important de noter : « Et specialis confirmatio ad » illud tempus referatur quo donatio conscripta est. » C'est la consécration de la rétroactivité dans la matière dont s'occupe l'empereur; mais ce n'est pas tout, Justinien cherche un terme de comparaison, et celui qu'il présente est précisément le cas de ratification des actes d'un gérant d'affaires : « Sicut et alias ratihabitiones » negotiorum gestorum ad illa reduci tempora oportet, » in quibus contracta sunt. »

Enfin, vient le principe auquel spécialement nous voulons nous attacher, car c'est sur lui que nous nous appuyons pour répondre à M. de Savigny : « Nec in » cæterum subtilem divisionem facti vel juris introduci » posse. »

60. Pour conclure, lorsqu'il s'agit de tradition, la propriété est acquise par mandataire; la ratification fait considérer le *dominus* comme propriétaire du jour où le gérant l'est devenu, et, de plus, lorsque la possession seule est acquise, elle devient pour le maître, qui ratifie la gestion, une *justa causa usucapiendi* dès le moment où cette gestion a eu lieu.



DROIT FRANÇAIS.



DE LA

RESPONSABILITÉ

DES FONDATEURS, DES ADMINISTRATEURS

ET DES COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

DROIT FRANÇAIS.

DE LA

RESPONSABILITÉ

DES FONDATEURS, DES ADMINISTRATEURS

ET DES COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE

DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

INTRODUCTION.

**Notions générales et historiques
sur les Sociétés par actions et la Société
anonyme.**

I. L'utilité, les avantages et l'importance des sociétés par actions, et surtout de la société anonyme, ne sont pas aujourd'hui contestés. Sous ces formes diverses de la puissance collective ont été assurées dans la pratique des inventions, qui sans elles ne l'auraient été de longtemps; grâce à elles, l'activité commerciale, industrielle ou financière s'est multipliée; les sociétés par actions ont été le moyen le plus efficace pour réaliser le progrès à ces trois points de vue.

Leur développement s'en est suivi; chaque jour leur

domaine s'étend, chaque jour leur influence s'accroît, et sans exagération on peut attendre pour elles de l'avenir, leur rôle allant sans cesse grandissant, un champ plus vaste encore que celui qu'elles ont déjà conquis.

II. Que des hommes se réunissent; qu'au lieu de laisser livrées à elles-mêmes les ressources individuelles, ils unissent leurs forces, leurs personnes et leurs capitaux, ils créent la société; mais la société par intérêts, soumise dans sa manière d'être et dans son existence même à toutes les modifications pouvant provenir de cette considération des personnes, qui essentiellement l'a dominée à son origine. Il suffit qu'un des associés disparaisse pour qu'aussitôt les conditions premières et fondamentales du pacte soient changées.

III. Qu'au lieu d'une réunion d'individus il n'y ait qu'une réunion de capitaux. Chaque associé apportera moins, puisqu'il ne sera engagé dans la Société que jusqu'à concurrence de son apport qui pourra n'être qu'une fraction de sa fortune, mais les associés seront plus nombreux et les éléments qui composeront la société, au lieu d'être personnels, seront impersonnels; d'où, comme conséquence immédiate, des changements aussi fréquents qu'on le voudra dans les associés, des cessions multipliées de ce qui est le titre à l'association, sans que pour cela l'être social soit modifié, affecté et son existence compromise.

La part d'associé devient un bien de circulation, dont la propriété est accessible à tous, parce que généralement elle consiste en une somme relativement peu importante : c'est l'action.

IV. La société par actions et plus particulièrement la société anonyme, si elle n'est pas très-ancienne, ne date pas cependant de notre siècle, bien que ce soit notre époque qui en ait marqué le plus grand développement.

Pendant le xvii^e et le xviii^e siècle apparaissent, sous le nom de *Compagnies*, des associations de capitaux, correspondant à nos sociétés anonymes. Inspirées par Richelieu et par Colbert, elles sont organisées en vue surtout d'accroître l'influence française au dehors. Quelle sphère d'action d'ailleurs ! Les noms qu'elles portent l'indiquent. Elles se nomment Compagnie des Indes orientales et des Indes occidentales, Compagnie du Sénégal, du Levant, de la Guyane, etc.

Leurs débuts avaient été brillants et l'on pouvait attendre avec confiance des résultats merveilleux pour notre commerce, et notre puissance nationale, lorsque les événements financiers du commencement du règne de Louis XV, en ruinant la Compagnie des Indes occidentales et orientales, vint porter un coup fatal à toutes les autres. La société par actions fut discréditée auprès du public, victime de l'agiotage qui avait marqué l'entreprise de Law, et l'on peut juger à quel point fut profonde la ruine financière de 1720, si l'on songe que depuis cette époque, objet des méfiances du pouvoir et du peuple, la société anonyme, qui après tout n'était que la forme de la célèbre Compagnie, resta dans cette situation jusqu'en 1791.

V. Après des lois contradictoires, qui proclament la liberté de l'industrie et la liberté des sociétés par actions, puis qui réglementent ces dernières par suite des nouveaux abus auxquels leur formation donne lieu, est édicté

le Code de commerce de 1807. Sur les demandes réitérées des Chambres de commerce, le législateur distingue deux sortes de sociétés par actions : la société en commandite, la société anonyme. Tandis que la seconde est soumise à l'autorisation du pouvoir, la première est libre et va se trouver favorisée de tout ce que la défiance du pouvoir et les difficultés de constitution vont enlever à la société anonyme.

VI. Tel est l'état de choses jusqu'en 1856. A cette époque la société en commandite, libre, donne lieu à de tels abus, les scandales à son occasion deviennent si fréquents, si effréné est l'agiotage qui s'empare de tous et fait ses ravages dans toutes les classes de la société, qu'une réforme est réclamée à grands cris ⁽¹⁾. Il n'est pas question de la société anonyme, tenue toujours en charte privée; à propos de la commandite qui occupe tous les esprits, on ne parle pas du régime de l'autorisation; mais on supplée à ce défaut d'autorisation par une série de prescriptions essentielles, dont l'observation est rigoureusement imposée et dont la violation est sanctionnée par

(1) « Il existe en ce moment une masse de sociétés fondées au capital de 30 ou 40 millions et dont les actions sont de 15, de 5 ou même de 1 fr. On négocie toutes ces actions à la Bourse par douzaines, par grosses ou par centaines dans un petit coin que l'on appelle le coin des éventualités; il y a là de véritables tempêtes, lorsque survient une hausse ou une baisse de dix centimes. » (Discussion de la loi de 1856. — M. Langlais, rapporteur, *Mon. universel*, 2 juillet 1856, p. 750, 1 c.) Pour donner une idée de ce que pouvaient être de semblables affaires, l'honorable membre cite le titre d'un prospectus récemment distribué et par lequel un nommé Christophe Colomb annonce qu'il va fonder une société en commandite au capital de 50 millions pour *marier l'Afrique avec l'Amérique et fondre les races*. La crédulité publique allait jusque-là.

la nullité, par la responsabilité et par des peines sévères.

Ainsi est réglementée la société en commandite en 1856.

VII. Le premier pas était fait. Pourquoi, puisqu'on admettait que les conditions essentielles, auxquelles le législateur avait soumis l'établissement de la commandite, offraient une garantie suffisante aux tiers et aux associés même, ne pas appliquer ce régime à la société anonyme dont on comprenait la puissance? Pourquoi à son égard laisser subsister cette nécessité de l'autorisation gouvernementale qui la gênait dans son essor ⁽¹⁾? Ces idées étaient justes. Une considération plus puissante encore existait en faveur de la suppression du régime de l'autorisation préalable. Par le traité du 30 avril 1862 passé avec l'Angleterre, le Gouvernement français reconnaissait aux sociétés anglaises le droit d'agir et d'exister en France. Or, à cette époque les sociétés commerciales étaient libres de l'autre côté du détroit. La situation n'était donc plus égale entre notre commerce gêné par l'autorisation et le commerce anglais libre de toute entrave, en droit même d'exiger la protection de nos lois; la lutte n'était pas pos-

(1) Voici à quelles exigences et à quelles difficultés le régime de l'autorisation soumettait la constitution des sociétés anonymes. Les actionnaires étaient réunis : les noms inscrits ainsi que les souscriptions, puis l'acte de société rédigé et le tout déposé à la préfecture de police. Celle-ci faisait une instruction administrative sur la moralité et la solvabilité des actionnaires, sur le but de la société. Le rapport de la préfecture était envoyé au Ministère du Commerce, qui procédait à une seconde instruction; enfin la demande avec les pièces était renvoyée au Conseil d'État qui donnait ou refusait l'autorisation.

Cette procédure vexatoire et inquisitoriale durait *au minimum* cinq mois.

sible, même sur notre propre terrain. Dans ces conditions une réforme n'était plus seulement utile et désirable, elle était absolument commandée.

VIII. Le législateur le comprit; mais prudent avant tout, il ne voulut pas émanciper d'un seul coup toutes les sociétés anonymes; aussi créa-t-il à côté de la société anonyme, toujours soumise à l'autorisation du pouvoir, une catégorie de sociétés, véritables sociétés anonymes libres, dites sociétés à responsabilité limitée, dont le capital à la vérité ne devait pas dépasser vingt millions, et auxquelles il appliqua, sauf de très légères modifications, les règles et les conditions édictées en 1856 pour *la société en commandite par actions*. Cette réforme est consacrée par la loi du 23 mai 1863.

IX. Deux ans se sont à peine écoulés que chacun sent que l'exception doit devenir le droit commun, et que le régime adopté pour la société dite à responsabilité limitée doit devenir celui de toutes les sociétés anonymes. Une Commission est nommée le 20 avril 1865, qui discute à nouveau les dispositions consacrées par les lois du 17 juillet 1856 et du 23 mai 1863; elle est saisie d'un projet de loi, dû à l'initiative du Gouvernement, qui réunit et réglemente la société en commandite par actions, la société anonyme et les sociétés coopératives (1).

(1) Cette Commission se composait de MM. Le Clerc d'Osmonville, *président*; Darimon, *secrétaire*; Aymée, du Miral, Quesné, Gressier, E. Ollivier, Gros et Mathieu, *rapporteur*.

Trois conseillers d'État sont chargés de soutenir le projet du Gouvernement, ce sont : MM. Duvergier, *président de section*; de Boureille et Bayle-Mouillard.

Pendant deux ans la Commission tient ses séances; le projet de loi est plusieurs fois renvoyé devant le Conseil d'État, plusieurs fois modifié et amendé; enfin le 3 mai 1867 il est déposé sur le bureau du Corps législatif.

X. Les discussions au sein de la Commission et du Corps législatif n'ont pas eu lieu sur le maintien de l'autorisation préalable. La suppression est l'objet du projet de loi. C'est à qui en signalera les inconvénients. On rappelle le mot de M. Troplong : « Il y a eu des Law par ordonnance comme il y en a eu de par la liberté. » Le rapporteur parlant du régime antérieur écrit : « Vainement on l'appellera du beau nom de protection, vainement on démontrera par des faits son action bienfaisante, on ne fera jamais le compte des germes utiles qu'il a pu étouffer, des idées fécondes qu'il a tuées sans le vouloir, uniquement peut-être parce qu'elles étaient hardies et qu'elles effrayaient des esprits trop timides (1). »

XI. Mais si telles étaient à l'égard du régime de l'autorisation préalable les intentions du législateur, elles n'allaient pas cependant jusqu'à simplifier et à réduire les conditions essentielles imposées en 1856 et en 1863 pour la constitution des sociétés par actions et à rendre moins rigoureuses les sanctions édictées à ces deux époques.

Une tentative fut faite cependant dans ce sens. M. E. Ollivier présenta un projet de loi radical, en ce qu'il proclamait la liberté complète des sociétés par actions.

L'article 1^{er} en était ainsi conçu : « La loi ne régit

(1) *Moniteur universel*, 6 juin 1867, p. 695.

les sociétés de commerce qu'à défaut de conventions spéciales. Toutes conventions sont valables entre les parties, à la seule condition de n'être pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Pour être opposables aux tiers, elles doivent être rendues publiques. »

Ce contre-projet fut repoussé par la Commission et par le Gouvernement, et la loi du 24-29 juillet 1867 fut votée.

XII. Telles sont les phases par lesquelles a passé dans notre droit la société anonyme, la seule dont il doit être traité ici.

Depuis 1867, bien des difficultés ont été soulevées à propos de l'interprétation et de l'application des dispositions de cette loi du 24 juillet. Notre but n'est pas d'embrasser toutes ces difficultés et d'envisager dans ses détails le large domaine de la société anonyme.

Cet ouvrage a pour but d'étudier les responsabilités édictées contre trois classes de personnes, responsabilités qui forment, comme on le verra, autant de garanties de l'observation de la loi.

Fondateurs, administrateurs et commissaires de surveillance ont à des titres divers un rôle important à remplir, soit dans la constitution, soit dans l'administration de la société. L'expérience a par contre démontré que trop souvent les personnes investies de ces qualités regardaient les situations qu'elles avaient acceptées comme des situations purement honorifiques et comme des sinécures. L'application des sanctions de la loi de 1867, en détruisant sur ce point leurs illusions, leur a montré quelles graves conséquences pouvaient avoir l'inobservation des prescriptions légales.

En précisant les caractères et la portée de ces sanctions, nous n'avons d'autre but que de faire connaître à tous ceux qui fondent une société anonyme, l'administrent ou surveillent la gestion de ses affaires les devoirs qui leur sont imposés et ce qui les menace s'ils oublient leur mission.

DIVISION.

La responsabilité, qui peut être encourue aux termes de la loi de 1867 est de deux sortes : Elle est civile ou pénale. Cette distinction fondamentale marque la première division de notre étude.

Nous attachant plus particulièrement à la responsabilité civile, nous l'envisageons dans deux hypothèses : celle où par suite d'un vice originaire la société est nulle, et celle où valablement constituée elle fonctionne. Constitution de la société, nullité, et administration de la société, telles sont donc les deux premières parties de l'étude de la responsabilité civile (1).

Dans une troisième, il est traité de la solidarité entre les personnes responsables, de la répartition entre elles du montant de la responsabilité, enfin et d'une façon gé-

(1) Nous eussions pu, semble-t-il, étudier successivement la responsabilité incombant aux fondateurs, aux administrateurs et aux commissaires de surveillance. Il nous a paru préférable, tout en consacrant des chapitres différents à ces trois classes de personnes, d'adopter la division même choisie par le législateur dans la rédaction des articles 42, 43 et 44 de la loi.

nérale de l'action même en responsabilité considérée à ce triple point de vue : exercice de l'action, tribunal compétent, prescription.

Vient en dernier lieu l'étude des sanctions pénales.



PREMIÈRE PARTIE.

CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ. — NULLITÉ.

CHAPITRE PREMIER.

Prescriptions de la loi relatives à la constitution de la société.

1. Avant d'entrer dans la première partie de l'étude que nous nous sommes proposée et d'examiner les responsabilités auxquelles donne lieu la nullité de la société anonyme, il nous paraît nécessaire de fixer et de déterminer quelles sont les prescriptions essentielles de la loi, dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité.

2. *Publicité de la société.* — La condition que pour être valablement constituée la société ait reçu lors de sa formation une certaine publicité n'est pas particulière à une classe de sociétés commerciales; c'est au contraire la condition générale à toutes. Le titre IV de la loi de 1867 contient les règles de cette publicité. La société en commandite par actions et la société anonyme en ont quelques-unes spéciales.

3. Le projet primitif du Gouvernement ne contenait pas de règles générales de publicité. Il laissait la société en commandite sous l'empire du Code de commerce, la société anonyme se voyait appliquer les dispositions de la loi de 1863; seules les sociétés à capital variable-avaient dans la loi de 1867, un régime propre de publicité.

La commission fut choquée de la diversité des règles en cette matière et c'est à son initiative que l'on doit la modification apportée sur ce point au projet du Gouvernement, la confection du titre IV de la loi de 1867, en un mot l'uniformité, sauf quelques points spéciaux des règles relatives à la publicité des sociétés commerciales.

4. Les conditions exigées sont les suivantes.

1° Dépôt dans le délai d'un mois à partir de la constitution, au greffe de la justice de paix et du tribunal de commerce du siège de la société, d'un double de l'acte constitutif, s'il est sous-seing privé, et d'une expédition s'il est notarié.

De plus et spécialement lorsque la société est anonyme doivent être annexées à cet acte une expédition de l'acte notarié constatant la souscription du capital et le versement du quart, une copie certifiée des délibérations prises par l'assemblée générale dans le cas d'apports en nature ou d'avantages particuliers, et enfin la liste nominative des souscripteurs contenant les noms, prénoms, qualité, demeure et nombre d'actions de chacun d'eux (art. 55).

2° Dans le même délai, publication dans un journal à annonces légales de l'extrait de l'acte de société susmentionné (art. 56 et 57).

L'inobservation de ces prescriptions entraîne, comme celle des autres essentielles pour la constitution de la

société, la nullité et partant donne lieu à la responsabilité (1).

5. *Souscription du capital.* — Le capital social doit être souscrit en entier. Le législateur a voulu sauvegarder l'intérêt des premiers souscripteurs, qui sont ainsi assurés que la société, dans laquelle ils entrent, ne fonctionnera qu'après avoir réuni le capital annoncé. L'engagement dès lors qu'ils auront pris ne deviendra définitif à l'égard de la société que si d'autres souscripteurs répondent à l'appel des fondateurs et concourent à la formation intégrale du capital. Les tiers qui peuvent contracter avec la société sont également protégés.

6. Anciennement, avant la loi de 1856, la constitution de la société n'était pas subordonnée à cette condition. Des hommes de finance s'adressaient au public et le conviaient à faire partie d'une société au capital *nominal* important, dont ils déclaraient la souscription ouverte; la moitié, le quart de la somme annoncée était seulement couvert; cependant la société se trouvait constituée, offrant aux tiers comme aux actionnaires les apparences d'une société vicace, pleine d'avenir, alors que souvent elle manquait de l'élément essentiel pour ses opérations commerciales, industrielles ou financières, l'argent, et touchait ainsi à la ruine. Pour obvier à ces inconvénients et à ces dangers, pour éviter les faits scandaleux qui trouvaient le plus souvent leur cause dans les facilités de la loi sur le point en question, on exigea que pour qu'une société fût constituée le capital entier eût été souscrit. « C'est là, en effet, dit M. Mathieu, l'un des

(1) Toulouse, 13 avril 1863; Cassation, 12 avril 1864, Dalloz, 1864. 1. 377.

signes, auxquels on reconnaît une entreprise sérieuse pour les tiers et pour les souscripteurs. L'État a de tout temps imposé cette condition, lorsqu'il s'agissait pour lui d'autoriser une société anonyme (1). »

7. Comme conséquence de cette donnée, aucune des souscriptions ne peut être affectée d'une condition, dont l'événement pourrait rendre illusoire la prévoyance du législateur, en ne laissant exigible ou réalisable qu'une partie du capital annoncé. Ainsi voyons-nous la jurisprudence, sous l'empire des lois de 1856 et de 1867 déclarer « que la personne, qui souscrit des actions d'une société commerciale, s'engage envers les tiers qui ont contracté avec celle-ci et ont fait avoir confiance à sa souscription; que cette souscription au moins à l'égard des tiers doit être maintenue avec tous ses effets, bien qu'en en demandant la nullité on se soit fondé sur ce qu'elle n'était que la condition accessoire de conventions passées entre le souscripteur et la société, conventions non respectées par la gérance (2). »

Au contraire, sous l'empire de la législation en vigueur avant 1856, la jurisprudence déclarait valable la clause portant qu'après versement d'une partie de la souscription, le complément ne serait exigible qu'autant qu'il serait justifié de la réalisation d'un certain bénéfice, pourvu que cette clause fût publiée. C'était reconnaître (la décision était rendue postérieurement à la réforme apportée en la matière en 1856) qu'en elle-

(1) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, p. 14, § 13.

(2) Cassation, 6 novembre 1865, Dalloz, 1865. 1. 479; Cassation, 14 décembre 1869, Dalloz, 1870, 1. 179.

même cette condition n'avait rien de contraire à l'ordre public ⁽¹⁾.

8. Versement du quart sur chaque action. — La souscription parfaite, l'engagement synallagmatique entre les souscripteurs et la société accompli, il reste à assurer, avant que la société ne soit définitivement constituée, les moyens pour elle d'entrer en action et de commencer ses opérations.

Il était loisible au législateur d'exiger la réalisation complète de l'engagement de chaque souscripteur, le versement intégral du montant de chaque souscription. C'eût été dépasser le but, rendre d'une part trop difficile la formation des sociétés commerciales en éloignant les actionnaires justement effrayés par un paiement immédiat et important, de l'autre accumuler dans la caisse sociale des capitaux, dont l'emploi et l'utilité actuels, au début de l'œuvre et des opérations, n'auraient pas été justifiés.

9. Assurer les débuts de la société n'était pas cependant la véritable raison qui faisait édicter cette condition du versement du quart du montant de chaque action.

Fixer la somme nécessaire à l'établissement et à l'action première de la société, c'était entrer dans le domaine de l'administration sociale et substituer la prévoyance légale à celle des principaux intéressés, les fondateurs, les administrateurs ou les actionnaires même.

Il y avait donc un autre motif, et celui-là avait son origine dans l'expérience des abus et des ruines qui avaient marqué les années antérieures à 1856. On voulait empêcher les *coureurs de primes*; gens qui,

(1) Cassation, 12 août 1863, Dalloz, 1864. 1. 380.

ayant souscrit, sans rien verser, par des moyens quelconques, faisaient la hausse sur les titres, vendaient les leurs avec bénéfice au public alléché par une plus-value immédiate et, la spéculation réalisée, regardaient tranquillement se produire le discrédit d'une société, qui n'avait un instant brillé que par l'agiotage qu'ils avaient provoqué. La loi de 1867 exige, en effet, que le quart *de chaque action* soit versé; celle de 1856 ne parlait que du versement du quart *du capital* (1).

10. On peut considérer cette condition essentielle comme la plus féconde en nullité; c'est le plus souvent dans un manquement, un oubli, une négligence au sujet de cette prescription que les personnes intéressées à la nullité cherchent la cause et le motif de l'instance qu'ils veulent engager.

11. Il faut l'entendre d'ailleurs de la manière la plus stricte. Le versement, dont il est question, doit consister en « un paiement effectif et non en une remise de valeurs de portefeuille d'un recouvrement plus ou

(1) Cette condition excellente en elle-même et dans la majeure partie des cas ne se comprend plus dans les sociétés anonymes, où le caractère restreint des opérations exclut les coureurs de primes. Les sociétés anonymes ne sont point toutes destinées à un public nombreux, il en existe d'un ordre plus particulier, dont les titres n'ont jamais été cotés à la Bourse, et ont pu même n'être jamais l'objet de négociations; les premiers souscripteurs en sont restés les détenteurs. La disposition de la loi, qui exige que le quart du montant de chaque action ait été versé, n'a plus de raison d'être et néanmoins dans l'hypothèse d'une société au capital intégralement souscrit et réalisé même pour plus du quart, la nullité ne sera pas moins prononcée pour défaut de versement d'un seul actionnaire.

C'est là un triste résultat d'une disposition impérative et générale, dont on va voir les conséquences rigoureuses, bien que dans notre espèce elle n'ait plus ni utilité, ni portée, ni justice.

moins certain ou d'autres titres ne pouvant pas être réputés de l'argent comptant (1). » La Cour de cassation, précisant cette donnée, a décidé que le versement doit être effectué en numéraire ou tout au moins en valeurs d'une réalisation immédiate et certaine (2). C'est là le champ libre ouvert à l'appréciation des tribunaux, et si l'on admet d'une part comme valeurs présentant les caractères d'une réalisation immédiate et certaine les billets de la Banque de France, les bons du Trésor payables à vue, on ne saurait, avec les variations si subites et quelquefois si considérables de la Bourse, reconnaître d'une façon absolue ces caractères à des valeurs considérées cependant par tous comme étant d'un placement assuré, telles que les fonds d'État par exemple (3).

12. Déclaration des fondateurs. — Afin d'assurer l'observation de ces deux prescriptions, l'article 24 de la loi de 1867 impose aux fondateurs l'obligation de déclarer devant notaire si ces conditions ont été remplies et de

(1) Bordeaux, 20 juin 1865, Sirey, 1865. 2. 296.

(2) Cassation, 27 janvier 1873, Dalloz, 1873. 1. 331.

(3) Poussant plus avant l'étude de la question, on peut se demander si la compensation en cette matière sera admise ; il faut, croyons-nous, et sans nul doute, s'en tenir au principe qui fait de la compensation un pur paiement ; si donc, en cas d'augmentation de capital, la société est débitrice d'un actionnaire souscripteur de titres nouveaux, la compensation sera admise entre la dette sociale et celle du tiers, associé, souscripteur, envers la société. La question ne se poserait pas, si la société était à son origine même ; le versement du quart étant une condition essentielle pour qu'elle soit constituée ; la société n'existe pas encore au moment, où la compensation pourrait s'opérer, et n'existant pas, elle ne peut être ni débitrice ni créancière, partant pas d'éléments de compensation. Bordeaux, 9 mars 1874, *J. du Palais*, 1876, 873 et note ; Cassation, 13 novembre 1876, Dalloz, 1878. 1. 6.

plus de joindre à cette déclaration la liste des souscripteurs, l'état des versements effectués, l'un des doubles de l'acte de société, s'il est sous-seing privé, et une expédition, s'il est notarié ou s'il a été passé devant un notaire autre que celui qui a reçu la déclaration (art. 24 et 1).

13. Approbation des apports en nature et des avantages particuliers. — Le législateur n'a eu en vue jusqu'ici que le cas, où, comme conséquence de l'engagement synallagmatique intervenu entre la société et le souscripteur, ce dernier se trouve obligé au paiement d'une certaine somme en numéraire. Il peut se faire cependant qu'au lieu de numéraire, l'associé apporté à la société des biens ou son industrie et qu'il obtienne en échange les mêmes droits que les souscripteurs proprement dits, c'est-à-dire un certain nombre d'actions. C'est en cela, que consiste l'apport en nature.

14. Tout ce qui rompt l'égalité entre les associés, tout ce qui établit au profit exclusif de l'un d'eux une situation et des droits exceptionnels, constitue l'avantage particulier.

15. Antérieurement à la loi de 1856 les apports en nature et les avantages particuliers avaient donné lieu à des fraudes nombreuses; aussi à cette époque le législateur crut-il devoir les soumettre à une vérification et à une approbation particulières.

L'entraînement naturel des actionnaires au début de l'œuvre sociale les faisait passer, l'expérience l'a prouvé, sur des conditions, qui eussent dû au contraire exiger d'eux un examen attentif. L'importance et l'utilité des apports, effectués le plus souvent par les gérants et les fondateurs, étaient exagérées, les avantages particuliers dont profitaient le plus généralement les mêmes hommes

étaient représentés comme l'équivalent de services rendus; mais ces appréciations et ces évaluations fausses de tous points passaient inaperçues, tant on était convaincu de l'avenir brillant réservé à la société; les actionnaires s'engageaient ainsi dans une entreprise grevée à l'origine même de lourdes charges et dont la majeure partie des bénéfices devait leur échapper. Il fallait remédier à cette situation, protéger les actionnaires contre leurs illusions et leur faiblesse, il fallait assurer une vérification réfléchie, sérieuse et juste des apports en nature et des avantages particuliers.

16. Après des hésitations bien naturelles, voici le système qu'a adopté le législateur ⁽¹⁾.

Deux assemblées générales doivent être réunies. La première détermine les formes, dans lesquelles la vérification sera faite; elle peut y procéder elle-même ou ordonner qu'il y sera procédé par expertise. Mais dans le premier cas l'approbation définitive n'est pas donnée. « La première assemblée générale serait trop disposée, là même où tous les éléments en seraient sincères, à tout accepter en aveugle ⁽²⁾. »

17. C'est à la seconde assemblée qu'il appartient de décider si elle accepte les apports en nature et les avantages particuliers ou si elle s'y oppose. Et comme il ne doit manquer à l'examen, à l'expertise et à la décision de l'assemblée aucune garantie; comme le législateur veut soustraire avant tout les associés à ce qui pourrait troubler leur liberté et leur indépendance, ce n'est pas assez

(1) En 1856 et en 1863 M. Calley Saint-Paul proposa l'expertise judiciaire avec le concours du Tribunal de commerce.

(2) *Rapport sur la loi de 1867*, sur article 2 du projet, § 18; Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, p. 326.

d'avoir édicté la réunion de deux assemblées générales, le législateur prescrit qu'il ne pourra être statué, avant qu'un rapport sur les apports en nature ou les avantages particuliers n'ait été imprimé et remis à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la seconde assemblée.

Quant à la composition de cette assemblée, il dispose que le vote n'aura de valeur que s'il est pris à la majorité des actionnaires présents, que cette majorité devra être composée du quart des associés et représenter le quart du capital en numéraire, enfin que les associés, apporteurs en nature ou avantagés particulièrement, n'auront que voix délibérative.

18. *Nomination du conseil d'administration.* — D'après l'article 25, postérieurement à l'acte qui constate la souscription intégrale du capital et le versement du quart du montant de chaque action, une assemblée générale doit être convoquée à la diligence des fondateurs.

Cette formalité est le dernier acte de la constitution de la société. Elle vient la consacrer et marque pour ainsi dire la transition entre la période de formation et la vie sociale qui va commencer avec elle.

Jusqu'ici les fondateurs ont agi, leur rôle touche à sa fin; la direction et le pouvoir vont être à l'assemblée générale, qui les délèguera à des administrateurs, mandataires de la société. C'est cette nomination d'administrateurs, qu'entre autres obligations impose l'article 24 à l'assemblée générale.

19. Une dérogation peut cependant être apportée à cette disposition : en raison du grand intérêt des fondateurs à l'avenir de la société, la loi leur permet de désigner dans les statuts les premiers administrateurs

avec stipulation formelle que cette nomination ne sera pas soumise à l'assemblée des actionnaires.

20. La mission du conseil d'administration est de gérer la société, de diriger ses opérations, de veiller à son fonctionnement normal et d'assurer ainsi son développement et son avenir ⁽¹⁾.

21. En dehors des conditions essentielles que nous venons d'examiner, il en est d'autres dont l'inobservation est également sanctionnée par la nullité, mais qui cependant ne peuvent être considérées comme des conditions essentielles pour que la société soit légalement constituée. Elles seront simplement mentionnées.

Ce sont celles qui ont trait *au fractionnement du capital* (art. 24 et 1^{er} de la loi de 1807). A la *négociabilité des actions* qui ne peuvent être transmises par les voies commerciales avant le versement du quart, à la *forme des titres* et à la *responsabilité des souscripteurs, cessionnaires et détenteurs d'actions* ⁽²⁾.

(1) Nous examinerons plus tard, à propos de la responsabilité des administrateurs au cours de la société, les conditions qu'ils doivent réunir pour être nommés à ces fonctions et l'étendue du mandat qui leur est donné.

(2) Sans entrer dans de longs développements, disons, avec MM. Lyon-Caen et Renault, qu'il se dégage deux principes des dispositions de la loi à cet égard.

1^o Responsabilité des souscripteurs, cessionnaires et détenteurs de titres du montant intégral des actions qu'ils ont souscrites, cédées ou qu'ils détiennent.

2^o Forme nominative des titres jusqu'à leur entière libération. Quant au premier principe, une exception est apportée par l'article 3. La conversion des titres au porteur, alors qu'ils ne sont libérés que de moitié, est permise, s'il a été stipulé dans les statuts qu'elle pourrait l'être par décision de l'assemblée générale. Quant au second, qui résulte tant du texte de la loi que des travaux parlementaires,

22. Avant de terminer ce chapitre une question importante se pose. Les conditions essentielles pour la constitution de la société anonyme doivent-elles être également remplies, lorsqu'il s'agit d'une augmentation de capital et dans cette hypothèse leur inobservation engendre-t-elle la nullité?

Un grand nombre d'auteurs, avec la Cour de cassation ⁽¹⁾, pensent que les prescriptions de la loi doivent être respectées et en cas d'inobservation appliquent la sanction de l'article 41.

Cette opinion est uniquement fondée sur l'intention présumée du législateur et sur le but qu'il s'est proposé en entourant de ces formalités la constitution des sociétés.

« La loi considère qu'il ne faut pas qu'une société commerciale commence des opérations ou en entreprenne de nouvelles, sans être assurée d'obtenir le capital nécessaire pour y subvenir ⁽²⁾. »

Cette observation peut être extrêmement juste en elle-même, il n'en est pas moins vrai que ni dans les précédents législatifs ni dans le texte de la loi de 1867 on ne trouve une disposition ou un mot, qui indique que le législateur a eu en vue cette hypothèse, qu'il a assimilé l'augmentation du capital à la formation même de la société et que les règles applicables à l'une doivent l'être également à l'autre.

La loi est muette; son silence ne peut ici remplacer

il a été adopté par la Chambre après de longs débats. La Commission et le rapporteur voulaient borner la responsabilité des souscripteurs et cessionnaires à la moitié seulement du montant de l'action.

(1) Cassation, 14 novembre 1876, Sirey, 1878. 1. 201; Cassation, 8 mars 1876, *J. du Palais*, 1876, p. 1051.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, p. 214.

une disposition expresse; or c'est une disposition de ce genre, qui peut seule autoriser une semblable opinion.

L'hypothèse d'ailleurs est-elle absolument la même que celle d'une constitution de société? Non, le législateur a dû surveiller la société à sa naissance, car il importait que l'autorisation nécessaire pour les sociétés anonymes, avant la loi de 1867, fût remplacée par une série de garanties, que la loi elle-même offrirait; il fallait que les fondateurs, sous peine des responsabilités les plus rigoureuses, ne pussent présenter au public une œuvre imparfaite, viciée, morte née, ne se soutenant au début que par la spéculation; au contraire, l'augmentation du capital est un acte de la vie sociale qui suppose la société existante et prospère.

On insiste cependant; on rappelle les circonstances dans lesquelles est intervenue la loi de 1856 et les inconvénients, auxquels chacune des prescriptions de celle de 1867 a voulu remédier. Or ces inconvénients et ces dangers vont reparaître, dit-on, si l'on laisse la faculté d'augmenter le capital sans observer les dispositions de la loi; l'économie générale est détruite : car ce qu'on faisait au début de l'œuvre sociale, on le fera après sa formation sans être gêné par aucune prohibition ni aucune sanction. A ceci nous ne répondons qu'une chose, c'est ce que dit M. Mathieu dans son rapport, lorsque dans une matière analogue (puisque c'est celle d'une prescription essentielle pour la constitution de la société) il explique pour quelle raison le Gouvernement s'est refusé à soumettre la disposition finale et exceptionnelle de l'article 4 à une seconde condition qui était proposée. « La fraude, si elle existe, pourra être poursuivie, mais il ne faut pas l'oublier, la fraude ne se présume pas et il

est impossible, sous prétexte qu'elle pourra se servir de l'exception pour tourner les prohibitions de la loi, de condamner des intérêts loyaux et respectables à ne point user des facultés du droit commun (1). »

(1) Mathieu, *Rapport sur la loi de 1867*, § 18 sur article 4, *in fine*, à la suite du *Commentaire de la loi de 1867*, p. 328.

CHAPITRE II.

Des personnes responsables.



23. La nullité d'une société ayant été prononcée, quelles personnes doivent en être responsables? A ceci, répond l'article 42, qui déclare telles, lorsque la nullité de la société ou des actes et délibérations a été prononcée aux termes de l'article 41, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue. La loi de 1867 vise donc deux sortes de personnes, dont nous devons nous occuper dans des sections différentes.

SECTION PREMIÈRE.

Des fondateurs.

24. Tout d'abord qu'est-ce qu'un fondateur?

En raison de l'extrême importance de la responsabilité qui peut être encourue, on comprend quel intérêt il y a à préciser les caractères du fondateur.

La loi du 1867 n'en donne nulle part la définition, mais les exposés des motifs, les rapports et les discussions, qui ont précédé son adoption par les Chambres, comme l'adoption de la loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, ne permettent pas le doute, quant au point qui nous occupe, sur le sentiment du législateur.

« Une société, surtout une société nombreuse, dit M. Duvergier dans l'exposé des motifs du projet de loi de 1863, ne se forme point sur le consentement spontané de tous ses membres; l'idée première appartient toujours à une ou à quelques personnes, qui après l'avoir mûrie cherchent à la propager. Elles sollicitent et obtiennent des adhésions, elles fondent véritablement la société. Le vœu de la loi est que les fondateurs soient associés. Le premier titre ne peut convenir qu'à ceux qui ont droit au second. Un individu qui par ses soins parviendrait à déterminer un certain nombre de capitalistes, de commerçants ou d'industriels à former une société à laquelle il resterait étranger, ne serait qu'un agent, un intermédiaire; on ne pourrait lui donner le titre de fondateur et considérer comme digne de quelque confiance sa déclaration, que le capital est souscrit en entier et que le quart est versé ⁽¹⁾.

25. Du passage cité de l'exposé des motifs résulte qu'une seule condition essentielle existe, sans laquelle une personne ne peut encourir, comme fondateur, la responsabilité dont il s'agit, quelle que soit d'ailleurs la part qu'elle aurait prise à la création de la société; c'est d'être associé. A cet égard, M. Duvergier est expli-

(1) Exposé des motifs du projet de loi de 1863, § 6. Sur les articles 3, 4 et 5; Carette, *Lois annotées*, 1863, p. 78.

cite; la loi, en effet, a supposé toujours l'intérêt du fondateur à l'œuvre sociale; la disposition relative aux administrateurs nommés dans les statuts le prouve surabondamment.

En dehors de cette condition, c'est bien moins au titre qu'à la chose qu'il faut s'attacher, pour savoir si tel ou tel associé a été ou n'a pas été fondateur. Un pouvoir d'appréciation fort large est sur ce point laissé aux tribunaux, et loin que la disposition de l'article 42 doive être considérée comme impérative, en ce sens que tout associé, non qualifié fondateur dans les statuts ou dans l'acte de constitution de la société, ne puisse encourir la responsabilité comme fondateur, ou que tout autre, dénommé tel dans les mêmes actes, ne puisse en aucun cas éviter cette responsabilité, c'est au contraire aux circonstances qui ont marqué la constitution de la société, à la part que l'un ou l'autre a pris à sa création, que les magistrats s'attacheront pour rendre une décision de fait échappant dès lors à la juridiction de la Cour suprême.

26. C'est ainsi que sans difficulté l'on doit admettre qu'un actionnaire, bien que ne portant pas la qualité de fondateur, peut être déclaré tel et encourir comme tel la responsabilité résultant d'une nullité de société.

La Cour de Paris, dans son arrêt mémorable du 28 mai 1869, a implicitement consacré cette doctrine, bien que repoussant la demande qui était l'occasion pour elle de manifester son sentiment.

Un syndic, en effet, au nom des créanciers demandait que la Cour déclarât responsables de la nullité trois personnes qui n'avaient jamais été dénommées fondateurs, en se fondant sur ceci, qu'associés, dans la pre-

mière assemblée générale elles avaient concouru à la constatation des souscriptions et des versements, etc. La Cour repoussa cette prétention, en se fondant, qu'on le remarque, sur des considérations de fait et en indiquant d'une façon très-précise, ce qui caractérise le fondateur.

« Attendu qu'ils n'ont pas été fondateurs de la société des Crédits généraux de Saint-Nazaire; qu'on ne doit considérer comme tels, que ceux qui créent l'entreprise, dressent les statuts, réunissent les premières assemblées d'actionnaires et font appel aux capitaux; qu'ils n'ont jamais fait partie, ni les uns ni les autres, du conseil d'administration; qu'on leur impute uniquement d'avoir, comme membres de l'assemblée générale du 14 février 1865, concouru à la constatation des souscriptions et des versements qu'ils savaient être fictifs et d'avoir coopéré aux différents actes qui ont été la base de la création de la société; mais que ces faits, en supposant qu'ils fussent prouvés, seraient uniquement de nature à justifier une action en dommages et intérêts (1). »

L'absence de dénomination n'est pas invoquée par la Cour comme une des raisons pour lesquelles elle refuse de déclarer ces associés responsables de la nullité; elle ne fonde sa décision que sur ceci : qu'ils n'ont pas créé l'entreprise, dressé les statuts, réuni les premières as-

(1) Paris, 28 mai 1869, aff. des Crédits généraux de Saint-Nazaire; Dalloz, 1869. 2. 147.

Cet arrêt statue dans l'espèce d'une société à responsabilité limitée. Il interprète donc la loi de mai 1863. Mais de l'aveu de tous, celle de 1867 étant, quant au point qui nous occupe, la reproduction des dispositions de la loi de 1863, nous croyons pouvoir invoquer l'arrêt comme un véritable commentaire de l'article 42 de la loi de 1867.

semblées d'actionnaires : d'où il faut conclure que, si au contraire, il résultait des faits qu'ils avaient joué ce rôle et pris une part active à la constitution de la société, bien que non qualifiés fondateurs, ils devraient être considérés comme tels.

27. A l'inverse, il est possible que la responsabilité de l'article 42 ne soit pas encourue par une personne que l'acte de société mentionne parmi les fondateurs, s'il est prouvé que, bien que portant ce titre, elle n'en a eu ni la qualité réelle ni le rôle.

Ici encore la jurisprudence vient consacrer cette opinion, en déchargeant de la responsabilité trois personnes dans les conditions qui viennent d'être indiquées. Elles invoquaient dans l'espèce comme preuve de leur désintéressement à la création de la société, qu'elles avaient été représentées dans les opérations diverses de constitution par un mandataire. La Cour fit droit à leur prétention : « Attendu, en ce qui concerne Georges, Edmond et Henri Lemonnier, qu'ils n'habitaient pas Bordeaux et n'ont figuré à l'acte du 11 décembre 1869 que par leur mandataire, Alexis Lemonnier; que rien ne révèle leur participation aux faits qui ont entraîné la nullité de la société et n'indique pas même qu'ils en aient eu connaissance; que la faute commise par leur mandataire en dehors des limites de son mandat ne saurait les engager; qu'on ne peut dès lors les considérer comme fondateurs responsables et qu'il y a lieu de les exonérer de la condamnation prononcée contre eux par les premiers juges (1). »

28. Des raisons diverses qu'invoquait la Cour de Bor-

(1) Bordeaux, 9 mars 1874, *J. du Palais*, 1876, p. 889.

deux, il en est une cependant que nous ne pouvons reconnaître comme fondée. Que les personnes dont il s'agissait ne fussent pas déclarées fondateurs responsables, parce qu'elles n'avaient pas participé à l'inobservation des prescriptions de la loi et parce que le mandat qu'elles avaient donné, prouvait qu'elles n'avaient pas concouru à la constitution vicieuse, rien de plus juste; mais la décision, qui les relevait de la responsabilité prononcée contre elles par le Tribunal de commerce, ne pouvait être légitimée par cette considération, « que la faute commise par un mandataire en dehors des limites de son mandat ne saurait engager les mandants. »

L'arrêt est motivé par d'autres considérations, c'est pour cela que nous l'invoquons à l'appui de notre théorie; mais nous comprenons que les autres fondateurs, déclarés responsables se soient émus de la raison donnée, que nous critiquons, et qu'ils aient soutenu devant la Cour suprême que si les associés, qualifiés fondateurs dans les statuts, l'étaient réellement, ils ne pouvaient échapper à la responsabilité de l'article 42, en prétendant que les actes de leur mandataire, hors des limites de son mandat ne les engageaient pas. Ce point sera du reste plus particulièrement examiné et discuté, mais il est regrettable que la cour de cassation n'ait pu à son occasion pour une raison de procédure, fixer la jurisprudence dans cette espèce.

29. Cette expression de l'article 42 : fondateurs auxquels la nullité est imputable : vient à l'appui de la théorie, qui fait résulter la responsabilité non pas de la seule dénomination, mais d'une certaine participation aux infractions qui entraînent la nullité.

Ceci est le domaine des faits, mais le principe qu'il faut

dégager, c'est que, les conditions indiquées dans l'arrêt de la Cour de Paris une fois constatées, si l'intention du législateur est de limiter les conséquences de la nullité à ceux de qui elle résulte, cette nullité peut être imputée aux fondateurs aussi bien pour une négligence que pour un fait.

30. Ainsi un mandat donné, nous venons de le voir, peut être invoqué comme une preuve du désintéressement de certaines personnes à la création de la société; mais supposons maintenant que des associés aient rédigé les statuts, réuni les premières assemblées d'actionnaires, fait appel aux capitaux, en un mot qu'étant donné la part par eux prise à la constitution de la société, ils doivent être, sans aucun doute, regardés comme fondateurs; ils ont de plus chargé l'un d'eux de faire la vérification prescrite par les articles 24 et 1 de la loi de 1867; par suite de négligence ou de faute commise par leur mandataire dans cette vérification, la nullité de la société s'en est suivie; ces fondateurs seraient-ils recevables à prétendre que la nullité ne résultant pas de leur fait ne doit pas peser sur eux, qu'elle ne leur est pas imputable et que le fondateur, leur mandataire, qui n'a point fait la vérification, en doit seul supporter les conséquences? Assurément non.

Sans aucun doute, dans notre hypothèse, ils sont fondateurs et sous la réserve bien entendu d'une action récursoire fondée sur les principes du mandat, un tribunal devrait repousser leur prétention. La raison en est simple, c'est sur tous les fondateurs auxquels la nullité est imputable, que la loi fait peser la responsabilité résultant de la nullité; or, ici les fondateurs mandants répondent envers les associés et les tiers des actes de leur

mandataire; il est impossible, en effet, d'admettre que des personnes auxquelles la loi impose l'observation rigoureuse de certaines prescriptions sous la sanction de leur responsabilité, qui est en même temps une garantie pour la société et les tiers, puissent diminuer l'étendue de cette garantie à l'aide d'un mandat donné, accepté et incomplètement rempli.

L'intérêt est facile à saisir : supposons que la responsabilité se monte à 500,000 francs et que la fortune du fondateur mandataire ne s'élève qu'à la moitié de cette somme; si les fondateurs mandants pouvaient se décharger de la responsabilité en prétendant que dans l'espèce la nullité ne doit pas leur être imputée, la réparation envers les personnes que la loi veut protéger ne comprendrait que la moitié de ce qui leur est dû et de ce qu'ils étaient en droit d'attendre; si, au contraire, la responsabilité pèse sur tous, associés et tiers seront entièrement désintéressés et les fondateurs mandants, en supposant leur action *mandati* reconnue fondée, n'obtiendront qu'une réparation partielle.

31. Les principes ordinaires en matière de mandat seront applicables pour apprécier la légitimité de cette action récursoire : les magistrats devront examiner si cette responsabilité, que les fondateurs mandants prétendent être le résultat de la faute commise par leur mandataire, n'aurait pas été encourue soit pour une autre cause, soit à un autre titre, ou si l'acte incriminé n'a pas été ratifié par les mandants.

Dans ces différents cas, leur prétention devrait être repoussée. C'est ainsi qu'assurément, dans l'hypothèse prévue plus haut, d'un mandat donné de faire la double vérification sur la souscription du capital et le versement

du quart, mandat accepté et non rempli, si la nullité prononcée de ce chef l'avait été en outre ou l'avait pu être pour inobservation des règles relatives aux apports en nature et aux avantages particuliers, les fondateurs ne seraient pas recevables à critiquer la conduite de leur mandataire. La nullité, en effet, eût-elle été encourue par le fait de ce dernier ou ne l'eût-elle pas été, la responsabilité des fondateurs n'en existerait pas moins aussi étendue, pour violation des prescriptions contenues dans l'article 4 de la loi. Il en serait de même si ces mandants avaient été déclarés responsables aux termes de l'article 42, comme premiers administrateurs, puisqu'en supposant que comme fondateurs ils pussent se décharger sur leur collègue des conséquences de la nullité, ils ne pourraient pas en éviter la sanction, étant administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue ⁽¹⁾.

32. La ratification sera également un moyen de défense pour le mandataire. Elle pourra résulter notamment de ce que, comme dans l'espèce sur laquelle avait à statuer la Cour de Paris dans l'arrêt cité plus haut, le fondateur mandant « a eu parfaite connaissance des fausses déclarations faites en son nom et les a tacitement ratifiées ⁽²⁾, » et à plus forte raison de ce que, dans la première assemblée générale, les fondateurs mandants auraient reconnu exacte et sincère, après vérification par eux faite aux termes de l'article 24, celle même dont ils avaient chargé leur mandataire. Une semblable déclara-

(1) Nous supposons résolue dans le sens affirmatif la question controversée que nous examinons plus loin, de savoir si, en cas de nullité, les premiers administrateurs sont tenus de la même responsabilité que les fondateurs.

(2) Dalloz, 1867. 2. 147.

tion constituerait, en effet, au premier chef, une ratification expresse, aux conséquences de laquelle il serait impossible d'échapper, en soutenant que c'est comme actionnaires seulement et non pas comme fondateurs que l'on a figuré à la première assemblée générale et que l'on a fait la vérification imposée par l'article 24.

33. Cette vérification porte sur les mêmes points que ceux au sujet desquels le mandat a été donné et si les qualités de fondateur et d'actionnaire se rencontrent dans la même personne, la déclaration faite par cette personne sur le même objet ne peut cependant avoir un sens et une portée différents selon qu'elle prétend agir à titre d'actionnaire ou à titre de fondateur. Le fondateur, comme il est dit plus haut, doit être nécessairement associé et on ne le voit pas se couvrir de cette dernière qualité pour tenter d'échapper à la responsabilité, qui pèserait sur lui en raison des devoirs infiniment plus graves que lui imposerait son premier titre. D'ailleurs, jusqu'à l'acceptation des fonctions d'administrateurs, par ceux que l'assemblée générale a nommés aux termes de l'article 25, la société n'est point légalement constituée. Les fondateurs agissent donc comme fondateurs lorsqu'ils soumettent conformément à l'article 24, la déclaration faite par eux de la souscription intégrale du capital et du versement du quart sur chaque action, aux futurs associés qui en vérifient la sincérité.

SECTION II.

Des administrateurs.

34. Avec les fondateurs sont mentionnés comme responsables de la nullité les administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue.

Comme dernière formalité de la constitution des sociétés anonymes, la loi prescrit la réunion d'une assemblée générale, qui, entre autres obligations, a celle de nommer des administrateurs. Ceux-ci sont les mandataires des associés, leurs représentants, les directeurs de l'œuvre et des affaires sociales.

35. En supposant que les personnes désignées dans l'assemblée générale réunissent les conditions imposées par la loi pour les fonctions d'administrateurs, quel est le sens, à leur égard, qu'il faut attacher à l'article 42?

Cet article, dont les termes peu précis ont donné lieu à la controverse qui va suivre et qu'il est nécessaire pour cela de rappeler, est ainsi conçu. « Lorsque la nullité de la société *ou des actes et délibérations* a été prononcée aux termes de l'article précédent, les fondateurs, auxquels la nullité est imputable *et les administrateurs en fonctions, au moment où elle est encourue*, sont responsables, etc. »

36. M. Mathieu, rapporteur de la loi du 24 juillet 1867, dont l'opinion sur la question est d'un grand poids, reconnaît dans un commentaire de l'œuvre législative, à la confection de laquelle il a eu une si grande part,

que c'est par erreur que l'on a laissé subsister dans le texte de l'article 42 ces mots : « actes et délibérations. » On ne s'explique pas, en effet, ces expressions ; car si l'article précédent prononce bien la nullité de la société, on ne voit pas qu'il prononce celle des actes et délibérations.

« L'article 37 du projet de loi, dit M. Mathieu, devenu ultérieurement l'article 41 ne s'occupait pas seulement de la nullité de la société, soit pour infractions commises dans la constitution, soit pour omission dans la publicité des délibérations et actes constitutifs, il prévoyait même la nullité, qui sans atteindre la société alors constituée serait venue frapper les actes et délibérations modificatifs de ses statuts ou de sa durée, à défaut de la publicité donnée à ces actes et délibérations ⁽¹⁾. »

Ainsi donc le défaut de publicité, selon qu'il s'agit d'actes constitutifs de la société ou d'actes modificatifs des statuts sociaux, peut entraîner la nullité de la société elle-même ou la nullité des seules modifications apportées à ses règles originaires. Mais le projet de loi, dont parle M. Mathieu, subit une transformation, nous l'avons vu. Alors que l'on ne s'était occupé que des sociétés à capital variable, le désir de faire une œuvre complète et d'unité fit réglementer la publicité de toutes les sociétés commerciales, ainsi relativement à cette publicité, les sociétés en commandite et anonymes eurent leurs règles au titre IV de la loi de 1867, au lieu de se référer aux dispositions du Code de commerce ou de la loi de 1863.

(1) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, p. 207.

L'article 41 ne sanctionne donc pas le défaut de publicité : de sorte que c'est par une inadvertance du législateur que dans la rédaction définitive de l'article 42 l'on retrouve ces mots : « actes et délibérations. » De l'aveu de tous, les administrateurs seuls sont responsables du défaut de publicité et de la nullité qui en résulte qu'elle frappe la société tout entière ou seulement certains actes et délibérations, car seuls ils sont chargés de remplir les prescriptions contenues dans le titre IV.

37. Ceci posé, la suppression de ces mots « actes et délibérations, » oubliés de l'aveu du rapporteur, s'impose; mais cette suppression doit-elle entraîner par une conséquence naturelle celle de ceux-ci : *des administrateurs en fonctions, au moment où la nullité est encourue*? En d'autres termes, les administrateurs ne sont-ils responsables que de la nullité causée par le défaut de publicité?

M. Mathieu et avec lui quelques auteurs le pensent; nous estimons au contraire, appuyés sur une jurisprudence constante depuis 1867, que les administrateurs sont responsables, en outre de la nullité mentionnée plus haut, de celle prononcée aux termes de l'article 41; c'est-à-dire pour toutes infractions aux dispositions des articles 22, 23, 24 et 25 (1).

(1) *Sic*, Paris, 28 mai 1869, Dalloz, 1869. 2. 145; Cass., 27 janvier 1873; Griolet, en note sur l'arrêt de Paris, Dalloz, 1869. 2. 147; Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 216; Bédarride, n° 483.

Contra, Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 243; Alauzet, *Soc. commerciales*, n° 556; Lescœur, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales*, n° 303; Paul Pont, *Soc. commerciales*, n° 1294.

38. Le projet de loi de 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée en disposait ainsi, en des termes suffisamment explicites pour ne laisser place à aucun doute. Les articles 11 et 12 étaient ainsi conçus :

Art. 11. « Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société à responsabilité limitée constituée contrairement aux dispositions des articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8.

» Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés. »

Art. 12. « Lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent, les administrateurs sont responsables solidairement. »

Les articles cités dans l'article 11 et dont la violation entraînait la nullité, partant la responsabilité, contenaient les mêmes prescriptions que celles qui furent définitivement inscrites dans la loi de 1863.

En face de la disposition expresse de l'article 12, l'hésitation n'était pas permise; les premiers administrateurs étaient responsables de la nullité originaire. Le texte de la loi était impératif.

39. M. Duvergier d'ailleurs, auteur de l'*Exposé des motifs*, en avait donné la raison. « En entrant en fonctions, leur premier soin (il parlait des administrateurs) doit être de vérifier si les dispositions des articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 ont été observées. Ils doivent ensuite remplir les formalités de publication, conformément aux articles 9 et 10. Ce sont des devoirs dont l'accomplissement est facile, et par conséquent l'inexécution n'est point excusable. Si ceux qui acceptent les fonctions d'administrateurs ne les remplissent pas ou les remplissent mal, s'ils compromettent par là les intérêts des tiers et ceux

des associés, il est juste qu'ils réparent le préjudice qu'a causé leur négligence (1). »

Autant la disposition de l'article 12 était formelle, autant était clair et précis dans sa forme le motif qui en était donné.

Ce n'était pas, parce qu'ils étaient les auteurs des infractions à la loi, que les administrateurs étaient frappés, c'était parce qu'ils avaient accepté à la légère de gérer une société viciée dans son origine. Le législateur considérait cette faute comme tellement grave, qu'il faisait supporter à ceux qui l'avaient commise les conséquences de la nullité qu'ils auraient pu prévenir.

40. Mais, on le remarquera, l'article 12 ne mentionnait pas comme responsables avec les administrateurs les fondateurs de la société, et cependant quelque blâmable aux yeux du législateur que soit la négligence ou la confiance des administrateurs, personne ne contestera qu'elle soit moins coupable que le fait de ceux-là, qui, créateurs de la société, négligents ou conscients, ont violé la loi, en ne remplissant pas les conditions essentielles, auxquelles elle soumet leur œuvre à l'origine.

Il était juste que les fondateurs fussent aussi déclarés responsables de la nullité. Les articles 11 et 12 furent donc remaniés et devinrent les articles 24 et 25 de la loi de 1863, ainsi conçus :

Art. 24. *Est nulle et de nul effet à l'égard des intéressés toute société à responsabilité limitée pour laquelle n'ont pas été observées les dispositions des articles 1, 3, 4, 5,*

(1) Exposé des motifs de la loi de 1863, § 7, sur articles 8, 9, 10 du projet; Carette, *Lois annotées*, 1863, p. 78, 1^{re} c.

6, 7, 8 et 9. — *Sont également nuls les actes et délibérations désignés dans l'article 10, s'ils n'ont point été disposés et publiés dans les formes prescrites par les articles 8 et 9. — Cette nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.*

Art. 25. *Lorsque la nullité de la société ou des actes et délibération a été prononcée aux termes de l'article 24 ci-dessus, les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables, etc.*

41. La loi de 1867 emprunta à celle qui l'avait précédée les dispositions de ces deux articles ; mais alors que pour les raisons indiquées plus haut tout ce qui a rapport à la publicité était enlevé de l'article 24 devenu l'article 41, l'article 42 était textuellement copié sur l'article 25 ; de sorte que les expressions, *actes et délibérations*, qui se comprenaient dans l'article 25 (car elles se rapportaient effectivement à la disposition de l'article précédent), n'ont plus de raison d'être dans l'article 42, alors que l'article 41 ne s'occupe plus de la publication des actes et délibérations.

42. Ainsi, d'après notre théorie, dès 1863 les administrateurs sont responsables non pas seulement de la nullité résultant du défaut de publicité, mais encore de celle résultant de l'inobservation des autres conditions essentielles, indiquées au chapitre précédent et qui étaient, en 1863, les mêmes que celles qui furent édictées en 1867. L'idée première du législateur est formelle et indiscutable ; il a voulu rendre les administrateurs responsables de la nullité dans tous les cas. On en a trouvé la raison dans le passage rapporté de l'exposé des motifs de M. Duvergier.

Y a-t-il soit dans les rapports, soit dans les discussions qui ont précédé le vote des deux lois, l'indice d'un changement de volonté du législateur sur ce point? Non.

43. Voyons la loi de 1863.

On objecte dans le système contraire un passage du rapport de M. du Miral : « Il (l'art. 25), dit-il, détermine les responsabilités encourues par les administrateurs ou les fondateurs, lorsque la nullité de la société, des actes et délibérations a été prononcée. La rédaction primitive de cet article a été modifiée sur notre proposition, de manière à limiter la responsabilité à ceux auxquels elle est réellement imputable ⁽¹⁾. »

Certains auteurs bornant là leur citation, ont présenté ce passage comme révélant dans la pensée du rapporteur un sentiment contraire à la déclaration si nette de l'auteur de l'exposé des motifs. Dans ce cas, il faut l'avouer, M. du Miral a employé des expressions bien obscures. Néanmoins on en conclut que l'article 25 venant à remplacer l'article 12 du projet primitif avait eu pour but de décharger précisément les administrateurs de la responsabilité résultant d'une nullité originaire.

44. L'explication, d'après nous, du rapport de 1863 est infiniment plus simple : le législateur s'est décidé à déclarer responsables de la nullité les fondateurs, avec les administrateurs comme il l'avait dit tout d'abord; mais aussitôt une question se pose. Les fondateurs seront-ils responsables de toute nullité à l'origine? Pour celle qui résulte de l'inobservation des conditions essentielles

(1) Rapport de la Commission de 1863, § 40 sur art. 25; Carette, *Lois annotées*, 1863, p. 82, 2 c.

à la constitution de la société ⁽¹⁾, rien de plus juste; mais pour celle encourue pour défaut de publicité, la chose est différente, car les articles 9 et 10 supposent la société constituée et les administrateurs nommés, lorsque seront déposés ou publiés les actes constitutifs de la société ou modificatifs de ses statuts; à ce moment le rôle des fondateurs est terminé; en effet ce rôle cesse avec l'acceptation par les administrateurs de leurs fonctions. Qui donc est chargé de cette publicité? Les administrateurs sans aucun doute. Eux seuls seront donc responsables de la nullité encourue de ce chef; tandis qu'ils partageront avec les fondateurs la responsabilité résultant d'une nullité à l'origine encourue pour toute autre cause. Ainsi s'explique le passage du rapport, la disjonctive *ou* employée au début et la phrase de la fin : *de manière à limiter la responsabilité à ceux auxquels elle est réellement imputable*. Ces expressions se rapportent, non aux administrateurs, mais aux fondateurs, qui ne peuvent être rendus responsables d'une nullité provenant du défaut de publicité, parce qu'ils ne sont pas chargés par la loi d'assurer cette publicité soit à l'origine, soit au cours de la société. Les mots : « auxquels la nullité est imputable » dans l'article 25, ne s'appliquent qu'aux fondateurs, et la preuve que le rapporteur n'entend limiter la responsabilité qu'au profit de ces fondateurs, c'est

(1) Disons une fois pour toutes que nous entendons par conditions essentielles à la constitution de la société, la souscription intégrale du capital, le versement du quart sur chaque action, l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers, enfin la nomination des administrateurs. Bien que la nullité puisse résulter d'infractions à d'autres dispositions de la loi, ces quatre conditions se rapportent spécialement à la constitution même de la société. Lorsqu'elles ont été observées, la société est constituée.

qu'il se sert dans son rapport des mêmes expressions qui sont employées à leur égard dans le texte même de la loi.

45. Une lecture un peu plus longue du rapport de M. du Miral eût évité aux partisans de l'opinion contraire le soin de présenter cet argument. Que dit, en effet, le rapporteur immédiatement après le passage que l'on oppose et qui vient d'être expliqué (1)? Il mentionne qu'un amendement avait été présenté à la commission à l'effet

(1) « Notre honorable collègue, M. Callez Saint-Paul avait présenté, sur les articles du projet primitif que cet article 25 remplace, un amendement, qui avait pour but de permettre aux administrateurs de s'exonérer, sous certaines conditions, des responsabilités qui leur sont imposées pour l'accomplissement des diverses prescriptions dont l'exécution leur est confiée; il était ainsi conçu : « Les administrateurs sont toujours libres de se libérer de la responsabilité que font peser sur eux les articles 41 et 42 du projet. A cet effet, aussitôt l'accomplissement des formalités et stipulations prévues par les articles 3, 4, 5, 6, 7 et 8 (projet primitif), ils devront rendre en assemblée générale un compte justificatif de cette partie spéciale de leur mandat. Le compte rendu par eux sera préalablement soumis aux commissaires nommés aux termes de l'article 8. Ces commissaires feront de leur examen un rapport et ce rapport lu à l'assemblée générale, elle donnera ou refusera son approbation; si le vote est favorable, il sera soumis à l'homologation du Tribunal de commerce; le jugement d'homologation libérera complètement les administrateurs des responsabilités prévues dans les articles 41 et 42. » Nous ne l'avons pas adopté, parce que nous n'avons pas trouvé la garantie de cette vérification équivalente à celle de la nullité inscrite dans la loi, parce que cette nullité n'a pas été seulement introduite dans l'intérêt des actionnaires, mais principalement dans l'intérêt des tiers, qui ne seraient pas représentés dans la délibération, parce que l'intervention du Tribunal de commerce en l'absence d'une contradiction suffisante ne pourrait être qu'un simple enregistrement, et enfin parce que l'accomplissement des formalités prescrites est assez simple, assez facile, pour qu'avec un peu d'attention les administrateurs soient entièrement sûrs de ne s'exposer à aucun danger » (Rapport de M. du Miral, § 40, sur art. 25; Carette, *Lois annotées*, 1863, p. 82, 2 c.).

précisément : « de permettre aux administrateurs de s'exonérer sous certaines conditions des responsabilités, qui leur sont imposées pour l'accomplissement des diverses prescriptions dont l'exécution leur est confiée. » Assurément, si, comme on le prétend, l'article 25 a été rédigé dans le but de déclarer seuls responsables les fondateurs, excepté quant à ce qui touche à la publicité, le rapporteur devra dire purement et simplement que, les administrateurs étant déchargés, l'amendement n'a plus de raison d'être. Aucunement; il le repousse pour un autre motif, qui fait voir clairement que, dans sa pensée, les administrateurs, sont tenus, sous la sanction de la responsabilité, de vérifier comme l'avait déclaré M. Duvergier. A son avis, « la vérification » que propose l'auteur de l'amendement, n'offre pas « une garantie équivalente à celle de sa nullité, » et « l'accomplissement des formalités prescrites est assez simple, assez facile, pour qu'avec un peu d'attention les administrateurs soient entièrement sûrs de ne s'exposer à aucun danger. » Partant de la vérification et des formalités de publication imposées aux administrateurs, M. Duvergier avait dit : « ce sont des devoirs dont l'accomplissement est facile et par conséquent l'inexécution n'est point excusable. »

46. Passons à la loi de 1867.

Ici, loin de rencontrer dans les travaux préparatoires une raison de douter, on retrouve, au contraire, l'idée première du législateur de 1863, M. Duvergier, plus clairement exprimée encore, si elle pouvait l'être. Et ceci, dans le rapport même de M. Mathieu. La constatation en est précieuse, car M. Mathieu, dans son ouvrage sur la loi de 1867, émet l'opinion contraire : à savoir que, sauf la nullité pour défaut de publicité, les administra-

teurs ne sont pas responsables de toute autre, qui peut affecter la société dès l'origine. Certes, le sentiment du jurisconsulte est d'un grand poids, cependant le doute ne peut se produire sur le sens à attacher aux termes de son rapport et la situation est telle que l'on est réduit à opposer à M. Mathieu auteur M. Mathieu rapporteur.

« L'article 41, lit-on dans ce rapport, conforme en cela aux principes du Code de commerce, détermine les conséquences des infractions relatives, *soit à la constitution de la société en elle-même, soit aux actes et délibérations qui s'y rattachent*; nullité à l'égard des intéressés inopposable aux tiers par les associés. Telle est la règle conforme à la tradition, à la raison et à la morale que reproduit l'article 41.

» Après avoir prononcé *la nullité de la société ou des actes et délibérations qui touchent à cette constitution même*, il fallait dire qui en serait responsable et dans quelle mesure. » Ici un alinéa consacré à une remarque de pure forme et de procédure, le rapport continue : « L'article 42 impose la responsabilité de la nullité qu'il prononce aux fondateurs auxquels elle est imputable, et aux administrateurs en fonctions au moment où elle est encourue; *les uns, parce qu'elle est leur œuvre personnelle et directe, les autres, parce que pouvant l'empêcher ils l'ont laissé commettre*, et par une conséquence légitime de cette *faute commune*, il prononce *la solidarité contre tous* envers les tiers, qui peuvent en avoir souffert, sans préjudice du droit des actionnaires (1). »

Il faut avouer, en vérité, que si le passage du rapport

(1) Rapport de la commission sur le projet de loi sur les sociétés. *Moniteur universel*, année 1867, p. 714, 3 c.

de 1863 autorisait (et il a été prouvé le contraire) l'opinion que nous combattons, les termes de celui de 1867 indiquent d'une façon précise la volonté du législateur dans notre sens. En supposant que dans la rédaction définitive de la première loi on ait abandonné l'idée première émise dans l'exposé des motifs, en 1867 le rapporteur y est manifestement revenu et le Corps législatif, qui, sans observation, adopta l'article 42, l'a consacrée.

47. Analysons le passage cité plus haut. Qu'y trouve-t-on?

1° Que son auteur n'a eu en vue que la nullité de la société à l'origine, soit pour inobservation des conditions essentielles à la constitution des sociétés (souscription intégrale du capital, versement du quart sur chaque action, vérification et déclaration des fondateurs, etc.), soit pour défaut de publicité des actes constitutifs. Il n'est nullement question de la nullité de certains actes ou de certaines modifications au cours de la société. Les expressions qui s'y rattachent, dans le premier alinéa, et qui touchent à cette constitution même dans le second, en sont la preuve.

48. 2° Que l'opposition des mots : les uns... les autres... suivis des motifs, que donne de la disposition de l'article 42 du législateur, indique que les fondateurs et les administrateurs, auxquels les mots se rapportent, sont responsables pour des fautes différentes; celle des seconds étant la même que celle qu'avait voulu prévenir et punir le législateur de 1863, c'est-à-dire le défaut de vérification.

49. 3° Que par cette dernière phrase : « par une conséquence légitime de cette faute commune, il prononce la solidarité contre tous; » le législateur a visé spécialement

le cas d'une nullité encourue pour inobservation de ce que nous appelons plus spécialement les conditions essentielles à la fondation des sociétés; puisque celle prononcée pour défaut de publicité des actes constitutifs ne peut être imputée aux fondateurs, que par conséquent elle n'est point commune et que, de plus, si la loi réunit fondateurs et administrateurs dans une même responsabilité solidaire, c'est qu'ils ont servi, les uns et les autres, à la constitution de fait d'une société viciée dans son principe.

50. Comment se fait-il qu'ensuite, dans son Commentaire, M. Mathieu, revenant sur une opinion si clairement manifestée et motivée, ait distingué dans l'article 42 deux responsabilités, celle des fondateurs, celle des administrateurs, et qu'il ait écrit : « Lors donc que notre article dispose, qu'en cas de nullité de la société ou des actes et délibérations, les fondateurs et les administrateurs sont responsables solidairement, il entend parler à coup sûr de la responsabilité respective des uns et des autres; il ne veut pas dire que les administrateurs seront tenus solidairement des dommages et intérêts encourus par les fondateurs et réciproquement (1). »

La contradiction est évidente; après avoir, dans un document législatif, confondu en raison de fautes différentes les fondateurs et les administrateurs dans une même responsabilité, M. Mathieu distingue et les sépare.

51. De cette théorie, nous distinguons dans son Commentaire trois arguments auxquels nous allons répondre

(1) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, sur art. 42.

successivement; le troisième étant, comme on le verra, rattaché au premier ⁽¹⁾.

1° De même que les fondateurs ne peuvent être rendus responsables de la nullité provenant du fait des administrateurs pour défaut de publicité, de même les administrateurs ne peuvent encourir la responsabilité de la nullité causée par l'inobservation des conditions fondamentales de constitution des sociétés anonymes.

Pourquoi? Parce que la nullité dans le second cas résulte du fait des fondateurs? C'est la seule raison que puisse en donner M. Mathieu. Mais cette raison n'est pas

(1) « Toute nullité, soit de la société pour inobservation des articles 55 et suivants, soit des actes et délibérations portant modification des conventions sociales, pour composition illégale des assemblées générales de qui ils émanent ou pour infractions à l'article 61, ne saurait être imputée aux fondateurs qui n'y peuvent rien. C'est aux administrateurs alors en fonctions qu'il faut s'en prendre, et si les tiers ou la société en éprouvent un dommage, c'est à eux seuls que la responsabilité en incombe.

D'autre part, il n'est pas moins certain que de quelque manière que notre article soit conçu, les administrateurs ne sauraient répondre de la nullité de la société à raison des infractions à la loi, qui vicieraient cette société dans son essence et dans son origine. Ceux-là même, qui les premiers seraient entrés en fonctions, ne peuvent encourir la responsabilité dont s'agit, puisque leur nomination ou, lorsqu'ils ont été désignés par les statuts, leur acceptation est le dernier acte, par lequel se constitue la société. Au surplus, la loi, comme elle le fait dans les commandites en actions pour les membres du conseil de surveillance, ne leur impose pas le devoir de vérifier, si toutes les conditions légales, auxquelles est subordonnée la constitution de la société, ont été régulièrement accomplies. Le soin de ces vérifications, c'est, pour les sociétés anonymes, à la première assemblée générale qu'elle le confie; c'est à celle-ci, non aux administrateurs, que doit être soumise avec les pièces à l'appui la déclaration notariée, dont sont tenus les fondateurs à la suite de la souscription totale des actions et du versement du premier quart » (Mathieu et Bourguignat, sur l'article 42).

bonne, parce qu'on ne peut poser en principe, dans l'interprétation de l'article 42, que ceux-là seuls sont responsables de la nullité, qui en ont été la cause directe et immédiate. Ceci n'est vrai qu'à l'égard des fondateurs, auxquels la nullité doit pouvoir être imputée pour entraîner contre eux la responsabilité; or, lorsqu'aux termes de l'article 56, la nullité est prononcée, parce que les administrateurs n'ont pas rempli les formalités de publicité, cette nullité ne peut être imputée et reprochée aux fondateurs dont le rôle s'est trouvé terminé au moment même où l'acceptation des fonctions d'administrateurs a rendu définitive la constitution de la société. Il n'en est pas de même pour les administrateurs, tantôt, comme dans le cas d'application de l'article 56, ils encourent la responsabilité, parce que la nullité provient de leur fait, tantôt, comme dans tous les autres cas, à cause de leur excès de confiance ou parce qu'ils n'ont pas agi et ont ainsi consacré par l'acceptation des fonctions qui leur étaient offertes, acceptation faite à la légère, l'état irrégulier de la société. Dans cette dernière hypothèse, fondateurs et administrateurs sont déclarés responsables, *les uns parce que la nullité est leur œuvre personnelle et directe, les autres parce que pouvant l'empêcher ils l'ont laissé commettre.*

52. Trouve-t-on cette responsabilité trop sévère à l'égard de personnes, qui ne sont coupables que d'une négligence, d'une omission; ce serait singulièrement oublier les raisons de la responsabilité du conseil de surveillance de la société en commandite, que donnait le rapporteur de la loi de 1867 au cours de la discussion. A l'égard de ceux-ci, nous le savons, un texte précis existe, qui impose l'obligation d'une vérification; si donc nous citons les paroles de M. Mathieu, qui les concernent, c'est uni-

quement dans le but de montrer qu'une omission, une négligence, peut entraîner une responsabilité semblable à celle de notre article 42, qu'il n'est pas nécessaire que la nullité soit l'œuvre des personnes responsables, et qu'on peut être déclaré tel simplement pour ne pas avoir signalé l'inobservation des prescriptions fondamentales. M. Marie objectait au rapporteur que le conseil de surveillance ne participait pas aux faits dont on le rendait responsable.

M. le Rapporteur : « Il ne participe pas aux faits, mais il doit par la loi de sa mission examiner, au moment où il entre en fonctions et avant que la société soit constituée, si toutes les conditions constitutives de son existence et que la loi a prescrites ont été ou non accomplies.

» Ce devoir, il faut bien qu'il soit rempli; ce devoir a besoin d'une sanction, et cette sanction c'est la responsabilité du conseil de surveillance. Lorsque le conseil aura rempli ce devoir, il aura dégagé sa responsabilité; s'il ne l'a pas rempli, sa responsabilité est engagée (1). »

53. 2° M. Mathieu oppose que le conseil d'administration n'est pas chargé expressément par la loi, comme le conseil de surveillance dans la commandite (art. 6), de vérifier si les prescriptions ont été remplies. Ce soin est dévolu à l'assemblée générale des actionnaires (art. 24). A la lettre ceci est exact.

Mais nous avons prouvé qu'en 1863 l'article 25 avait été rédigé dans la pensée de sanctionner le défaut de vérification imposée aux administrateurs. L'article 42,

(1) Discussion de la loi de 1867, *Moniteur universel*, séance du 1^{er} juin, n° du 2 juin 1867.

qui en est l'exacte reproduction, doit avoir la même signification et la même portée. Les documents législatifs de 1867 ne nous laissent pas voir que sur ce point l'intention du législateur ait varié; au contraire, le rapporteur nous dit : « Que les administrateurs sont tenus de la nullité, parce que, pouvant l'empêcher, ils l'ont laissé commettre. » Cette phrase indique bien l'obligation pour les administrateurs de faire une vérification. En quoi, en effet, pourraient-ils empêcher la nullité? En mettant par un refus des fonctions qui leur sont offertes un obstacle à la constitution de la société, et en signalant aux associés l'inobservation des prescriptions essentielles de la loi; ce qui suppose un examen et une constatation de cette situation irrégulière.

54. L'assemblée générale, dit-on, est chargée de ce soin. En pratique, qu'espère-t-on de l'obligation imposée par la loi aux associés de faire cette vérification? On s'y soumettra d'autant moins que c'est une des rares dispositions de la loi de 1867 qui n'aît pas de sanction particulière; à moins que l'on considère comme telle l'impossibilité pour les associés présents à l'assemblée générale, qui n'ont pas observé la prescription de l'article 24, de rendre responsables envers eux les fondateurs et administrateurs des conséquences de la nullité. Ce n'est pas là une sanction à l'égard des tiers, dont les associés vont compromettre les intérêts, s'ils ne vérifient pas comme le veut la loi. Il n'y a donc pas de sanction, et en face de cette prétention d'assimiler la vérification imposée aux actionnaires à celle imposée aux conseillers de surveillance de la société en commandite, d'en faire une garantie du même genre, on est en droit de s'étonner que le législateur ait laissé cette garantie sans défense

et sans protection, et qu'il n'ait pas autorisé les tribunaux, comme il l'a fait dans l'article 8, à prononcer contre les associés, qui n'auraient pas respecté sa disposition, la responsabilité envers les tiers et la société. L'obligation de l'article 24 ne peut donc pas être sérieusement invoquée dans notre controverse, car, n'étant pas une garantie suffisante pour empêcher la nullité, elle nous confirme dans notre sentiment que le législateur ne s'en est pas contenté, et qu'il a imposé la même, mais avec une sanction plus rigoureuse aux administrateurs.

55. 3° L'article 42 parle des administrateurs en fonctions au moment où la nullité est encourue; or, les premiers administrateurs nommés ne sont pas en fonctions, quand la nullité originaire est encourue, car leurs fonctions commencent seulement, lorsque la constitution est définitive et cette constitution n'est parachevée que par l'acceptation qu'ils donnent de remplir ces mêmes fonctions.

Ce raisonnement ne se soutient pas. A vrai dire, il n'y a de constitution définitive de la société que lorsque toutes les conditions de la loi ont été observées, mais lorsque l'on emploie ce mot dans l'hypothèse d'une nullité, ce n'est que pour désigner la constitution de fait. Si l'on voulait maintenir strictement le premier sens, il n'y aurait jamais, pourrait-on dire, de société nulle; car pour être nulle il faut qu'une société soit constituée et elle ne le serait jamais, puisque l'inobservation d'une condition essentielle mettrait obstacle à cette constitution.

Pour être déclarée nulle, il faut que la société existe au moins en fait; la nullité, comme le dit fort exactement M. Griolet, ne peut être encourue que du jour, où

la société a commencé d'exister. C'est donc au moment où les premiers administrateurs acceptent la mission qui leur est confiée que la société se trouve de fait constituée et que la nullité est encourue : à ce moment ils sont en fonctions ⁽¹⁾.

56. Pour terminer cette longue discussion insistons encore sur les caractères différents des fautes, qui engagent les fondateurs et les administrateurs dans la même responsabilité. La faute commune c'est la constitution irrégulière d'une société. Les fondateurs l'ont créée sans respecter la loi, mais tout cela eût été vain, si les administrateurs, en acceptant leurs fonctions, ne fussent venus consacrer l'œuvre viciée des premiers.

Il y a donc là deux fautes bien distinctes. On peut regretter peut-être que le législateur n'eût pas appliqué aux administrateurs une sanction plus modérée en raison du caractère moins grave de leur faute et qu'il ait édicté contre eux comme contre les fondateurs une responsabilité impérative, mais il nous est impossible d'admettre avec M. Vavasseur que les administrateurs déclarés responsables avec les fondateurs puissent avoir un recours contre ceux-ci ⁽²⁾. Les uns et les autres ont une part de responsabilité, parce que des deux côtés il y a eu faute.

D'ailleurs est-il bien exact de dire que les administrateurs sont beaucoup moins coupables que les fondateurs ? Outre qu'ils peuvent être de connivence avec eux ; le législateur les considère comme présentant la dernière

(1) A l'appui de cette théorie, voir arrêt de la Cour de Paris, 28 mai 1869, Dalloz, 1869, 2. 151 *in fine*.

(2) Vavasseur, *Des sociétés commerciales*, n° 837.

garantie de l'observation de ses dispositions; si par leur négligence ou leur fraude ils rendent vaine cette espérance et illusoire cette garantie, l'article 42 s'applique; c'est à eux de supporter avec les fondateurs les conséquences de la nullité.

57. Ce n'est pas assez d'avoir prouvé que les premiers administrateurs sont comme les fondateurs responsables de la nullité originaire de la société, il faut se demander et examiner dans le cas d'une semblable nullité, 1° s'ils ont un moyen de limiter la responsabilité qui leur incombe; 2° si les conséquences de cette nullité doivent atteindre non-seulement ceux nommés dans la première assemblée générale, mais encore ceux qui, postérieurement à la constitution de la société, alors qu'elle fonctionne, acceptent le titre et les fonctions d'administrateurs. Deux hypothèses, en effet, peuvent se présenter : l'un des membres du premier conseil d'administration résigne ses fonctions, sa responsabilité sera-t-elle limitée, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard de la société, aux opérations qui ont eu lieu avant sa démission? Également au cours du fonctionnement de la société, un nouvel administrateur est nommé, encourra-t-il la responsabilité prononcée par l'article 42 en cas de nullité?

58. La première espèce suppose des administrateurs responsables aux termes de l'article 42 de la nullité de la société, pour défaut de vérification avant l'acceptation des fonctions conférées par la première assemblée d'actionnaires; la société étant constituée au moins en fait, ils abandonnent leurs fonctions; les conséquences de la nullité peuvent-elles être par ce fait amoindries pour eux ou restent-ils responsables, nonobstant cette résignation, des opérations postérieures à leur démission?

59. La Cour de Paris dans l'arrêt, déjà cité, rendu dans l'affaire des Crédits généraux de Saint-Nazaire, a consacré la première solution; mais on cherche en vain les raisons qui ont décidé la Cour.

Du fait que certains des premiers administrateurs ont démissionné, elle en conclut que par suite il y a lieu de limiter leur responsabilité aux dettes antérieures à ces démissions. Il faut avouer que si cette théorie au premier abord paraît équitable et naturelle, elle ne soutient guère un examen attentif, et l'on doit, pour le consacrer, oublier quelque peu les principes même, en vertu desquels les fondateurs et les administrateurs sont condamnés aux termes de l'article 42. En effet, la solution adoptée par la Cour heurte le principe qui lui a servi de point de départ et c'est avec infiniment de raison que devant la Cour suprême ⁽¹⁾, l'un des commentateurs de l'arrêt repoussait la décision des magistrats d'appel ⁽²⁾.

Dans l'affaire dont il s'agissait, les premiers administrateurs avaient été également fondateurs de la société, par conséquent déclarés responsables à deux titres, ce qui n'avait pas empêché la Cour de restreindre, à leur égard, les conséquences de la nullité encourue.

Pour les fondateurs, leur situation est irrévocablement fixée; il est impossible de faire, en effet, qu'un fondateur d'une société cesse de l'être; et quant à la responsabilité qui pèse sur eux, comme c'est à leur titre, à leur qualité confirmée par les faits, à la faute commise qu'elle est attachée, on comprend qu'ils ne puis-

(1) Cassation 27 janv. 1873, Dalloz, 1873. 1. 331.

(2) Note de M. Griolet, Dalloz, 1869. 2. 149.

sent s'en dégager par un acte qu'ils accompliraient à un autre titre, en remplissant d'autres fonctions.

Pour les premiers administrateurs, ce n'est pas en raison de leur gestion qu'ils encourent la responsabilité de l'article 42. La cause en est antérieurement au début de cette gestion; elle existe dans la faute d'avoir accepté d'administrer une société illégalement constituée. Fondateurs et administrateurs, ils sont responsables pour avoir ensemble créé une société sans observer les prescriptions de la loi; par conséquent, pour avoir accompli une œuvre nulle. Leur gestion ne peut donc en aucune manière influencer sur l'étendue de la responsabilité; leur présence plus ou moins longue à la direction des affaires sociales ne peut la modifier.

60. D'ailleurs, avec la doctrine de la Cour de Paris, à quel résultat, en pratique, arriverait-on? Des fondateurs et des administrateurs constitueraient des sociétés anonymes, sans plus s'occuper d'observer les conditions essentielles de la loi de 1867 que si elles n'existaient pas; puis de cette société, ainsi constituée en fait, mais viciée dès son origine, ils sortiraient au lendemain de l'assemblée générale, avant qu'elle commençât ses opérations. Leur démission d'administrateurs suffirait pour les mettre à l'abri de tout recours de la part des associés et des tiers. La loi serait violée et la sanction de l'article 42 deviendrait sans portée.

61. La seconde hypothèse est celle d'une société nulle originairement et à la direction de laquelle, au cours de son fonctionnement, serait nommé un nouvel administrateur. Celui-ci encourra-t-il la responsabilité édictée par l'article 42? Sans aucun doute on doit répondre non; la disposition de l'article précité ne permet même pas

d'hésiter, puisqu'elle ne s'applique qu'aux administrateurs en fonctions au moment où la nullité est encourue. Or, si la nullité est prononcée au cours de la vie sociale, elle a été encourue à l'origine de la société, alors que les seuls premiers administrateurs étaient en fonctions.

L'équité d'ailleurs le veut ainsi. Comment astreindre à vérifier si les conditions essentielles à la constitution des sociétés anonymes ont été remplies, des administrateurs nommés, on peut le supposer, un an ou deux après que la vie sociale a commencé? Comment, par exemple, constater alors effectivement, le versement du quart du montant de chaque action? C'eût été imposer aux futurs administrateurs un devoir impossible à remplir; s'ils connaissaient les conséquences possibles de l'acceptation dans ces conditions des fonctions auxquelles ils étaient nommés, les éloigner à cause des difficultés de leur tâche; s'ils ne les connaissaient, leur tendre un piège ⁽¹⁾.

Le rapporteur de la loi de 1867 a, du reste, au sujet des conseillers de surveillance, donné des raisons précises pour expliquer que les membres du premier conseil seulement étaient soumis à l'obligation de vérifier et à la sanction de la responsabilité. Les motifs invoqués par lui sont également vrais à l'égard des administrateurs de la société anonyme, et la déclaration de M. Mathieu sur l'article 7 peut être considérée comme manifestant le sentiment du législateur sur l'article 42 ⁽²⁾.

(1) Cassation, 13 novembre 1876, Dalloz, 1878. 1. 6; Paris, 28 mai 1869, Dalloz, 1869. 2. 145.

(2) « La loi de 1856 se bornait à parler dans son article 7 des membres du conseil de surveillance, ce qui, dans les termes du moins, impliquait obligation et responsabilité pour tous les conseils qui se succédaient au dernier comme au premier en date. Or, autant il est

rationnel et légitime de charger le premier conseil sous les peines déterminées par la loi de vérifier si les conditions fondamentales de la société ont été observées, autant il semble excessif et injuste d'astreindre à de tels devoirs les conseils qui viennent après lui, car ceux-ci doivent supposer, par cela même que la société vit et fonctionne, que les conditions de sa vie légale ont été complètement observées. Le projet, qui vous est soumis, en limitant l'obligation au premier conseil, dissipe toute obscurité et place la responsabilité là où est vraiment la faute. » (Rapport de M. Mathieu, § 23 sur art. 7. *Comment.*, Mathieu et Bourguignat, p. 329.)

CHAPITRE III.

Des personnes envers lesquelles existe la responsabilité. — Étendue de la responsabilité.



62. En cas de nullité de société, envers qui les fondateurs et les premiers administrateurs sont-ils responsables et dans quelle mesure?

L'article 42 répond d'une façon précise à la première partie de la question : envers les tiers solidairement sans préjudice des droits des actionnaires. Nous allons donc avoir à examiner séparément quels sont les droits des tiers (cela sans nous occuper pour le moment de la solidarité) et quels sont ceux des actionnaires.

SECTION PREMIÈRE.

Responsabilité envers les tiers.

63. Le sens du mot « tiers » employé dans l'article 42 est utile à fixer. On pourrait être tenté de le confondre avec celui « d'intéressés, » qui se rencontre dans l'article 41.

Dans le sentiment du législateur de 1867, les intéressés de l'article 41 sont les mêmes que ceux auxquels le Code de commerce, dans son article 42, conférait le droit de demander la nullité d'une société, pour défaut de publicité. Comme la jurisprudence avait entendu et appliqué la disposition du Code de commerce, de même elle doit entendre et appliquer celle de l'article 41 de la loi de 1867. Avec elle aussi, suivant en cela l'intention du législateur manifestée dans le rapport de la loi de 1856 ⁽¹⁾, les interprètes ont rangé parmi les intéressés :

1° Les créanciers sociaux, auxquels il peut être avantageux de faire disparaître une clause des statuts ou une délibération de l'assemblée générale et même de faire déclarer nulle la société, si l'on admet qu'ils aient le droit, au cas de nullité, de réclamer aux personnes responsables le paiement intégral des dettes sociales.

2° Les associés dont l'intérêt est de ne pas rester davantage dans une société affectée d'un vice originaire.

3° Les créanciers de ces associés en vertu de l'article 1166 ⁽²⁾.

64. Mais les termes de l'article 42 sont plus limitatifs que ceux de l'article 41 ; en n'employant pas la même expression, le législateur a eu assurément l'intention de marquer une différence ; et cette différence doit nécessairement être comprise dans le sens d'une restriction. C'est ainsi d'ailleurs que les interprètes l'ont entendu, en ne donnant à ce mot « tiers » que la signification de *créanciers sociaux*.

(1) Carette, *Lois annotées*, 1856, p. 103, note 8, 2 c.

(2) Les débiteurs sociaux n'ont pas d'intérêt, puisque, que la nullité ait été ou non prononcée, ils doivent payer leurs dettes, soit au syndic, soit à la société.

65. Ce sont précisément les premiers intéressés, que nous avons reconnus, de l'article 41 ; par la suite on verra que les associés et partant tous les créanciers qui peuvent exercer leurs droits et actions, sont également fondés à réclamer la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs. L'adjonction de ces deux classes de personnes aux créanciers sociaux vient compléter l'énumération, qui est exactement la même que celle des intéressés de l'article 41.

Il y a cependant un intérêt à fixer que le mot « tiers » de l'article 42 ne désigne que les créanciers sociaux et que les autres intéressés de l'article 41 ne sont compris dans la disposition, dont nous nous occupons, que par cette expression « sans préjudice des droits des actionnaires. » Dans un système, que nous allons examiner, existe, en effet, une différence profonde entre la responsabilité envers les tiers et celle envers les actionnaires. Il importe donc à ce point de vue d'établir que l'article 42, tout en donnant le droit d'intenter une action en responsabilité aux mêmes personnes qu'à celles qui sont comprises sous le mot « intéressés » dans l'article précédent ne désigne par « tiers » que les créanciers sociaux.

66. Tous les créanciers sociaux peuvent-ils intenter contre les fondateurs et les administrateurs l'action en responsabilité ? Ne peut-il y avoir dans les situations respectives de chacun d'eux des différences, qui entraîneront pour les uns déchéance du droit en question, alors que pour d'autres il restera intact ?

La solution à donner à cette question, dont l'examen semble devoir venir immédiatement, dépend absolument du parti que l'on prendra dans la controverse élevée sur l'étendue de la responsabilité envers les tiers.

Il faut donc, pour cette raison, fixer tout d'abord l'étendue de cette responsabilité.

67. La responsabilité est une conséquence de la nullité de la société, et lorsque cette dernière a été prononcée, les créanciers sociaux peuvent mettre en cause comme responsables les personnes que la loi déclare telles. Mais quelle est l'étendue de leur droit? Peuvent-ils réclamer aux fondateurs et aux premiers administrateurs le montant intégral de leurs créances contre la société ou ne sont-ils fondés à prétendre qu'au montant du préjudice que leur cause la nullité de la société?

68. Qu'on suppose une société anonyme tombée en faillite; plus tard la nullité en est prononcée; avant la décision judiciaire portant sur la nullité, les créanciers sociaux n'avaient à compter que sur une certaine partie de ce qui leur était dû; ils devaient être payés en monnaie de faillite; c'eût été le quart, la moitié de leurs créances. La déclaration de nullité va-t-elle changer leur droit? va-t-elle avoir pour effet d'augmenter leur prétention? La nullité, nous le supposons, ne leur a fait aucun tort, puisque antérieurement la société était en faillite, et dans ce cas, dans l'une des doctrines, qui ne mesure la responsabilité qu'au préjudice causé par sa nullité, le préjudice n'existant pas, les fondateurs et les premiers administrateurs ne devront rien aux tiers.

Admettons que cette nullité soit intervenue, alors que la société existait, mais que l'on pouvait déjà concevoir des doutes sur sa solvabilité. La nullité dans ce cas vient briser les espérances peut-être fondées que l'on avait de son relèvement; elle a pour effet, en consommant une ruine, qui n'existait peut-être que dans l'imagination de certaines personnes inquiètes ou dans les

projets d'adversaires intéressés à sa disparition, d'arrêter brutalement et peut-être dans une période critique les opérations sociales; l'actif de la société va se trouver subitement déprécié et tandis que l'avenir, sur lequel comptaient les créanciers pour lui voir rétablir ses affaires, n'existe plus pour elle, le présent se complique et s'aggrave de tout ce qu'amène à sa suite la nullité. Ici le préjudice causé est certain, les magistrats l'apprécieront et tenant compte d'une part de la diminution de valeur, qu'a subi par suite de la nullité l'actif social, des chances qu'il y avait pour la société de se relever, de l'autre de la situation déjà difficile, dans laquelle elle se trouvait, lorsque l'article 44 a été appliqué, ils condamneront les fondateurs et les premiers administrateurs à payer une certaine quotité dans les créances qu'ont les tiers, quotité qui viendra s'ajouter à ce que donnera la liquidation et représentera ainsi la part des dettes que la société eût pu acquitter, si elle n'avait pas été déclarée nulle.

C'est en quoi consistera dans une des doctrines la responsabilité envers les tiers.

69. Dans l'autre, au contraire, il n'y a pas à distinguer. Que la société soit en faillite, avant la déclaration de nullité ou qu'elle existe incertaine ou non, au moment où celle-ci intervient, peu importe. La responsabilité consiste à acquitter tout ce que n'a pas payé l'actif social. Les tiers doivent être entièrement désintéressés; leur droit ne s'arrête qu'à l'entier épuisement des fortunes personnelles des fondateurs et des premiers administrateurs déclarés responsables.

70. Cette question est la plus grave peut-être de celles qu'a soulevées l'interprétation de la loi de 1867,

tant à cause de l'importance qu'a dans un sens ou dans l'autre l'application de la solution adoptée, qu'à cause des autorités, qui se sont divisées à son occasion.

D'un côté, en effet, l'on voit toute la jurisprudence; de l'autre, à peu d'exceptions près, toute la doctrine. Bien rarement partagé c'est ainsi accusé.

Pour notre part, s'il nous est permis de nous placer à la suite des autorités juridiques qui ont pris parti dans ce grave débat, nous croyons devoir nous rendre au sentiment de ceux qui pensent que la responsabilité envers les tiers comme envers la société doit se mesurer au préjudice causé par la nullité ⁽¹⁾. Cette opinion est conforme, pensons nous, aux précédents législatifs, à l'intention des auteurs de la loi et au principe de justice, qui doit toujours dominer et que, dans l'interprétation de la loi, l'on ne peut abandonner qu'à moins d'un texte formel.

71. L'article 7 de la loi de 1856 sur les sociétés en commandite, qu'il faut faire intervenir au début de

(1) Sic Duvergier, *Collection annotée des lois*, 1863, sur la loi du 28 mai; Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 343; Vavasseur, *Sociétés commerciales*, n° 343, et *Journal de droit* du 8 nov. 1874; Sourdat, *Traité des responsabilités*, n° 1250; Boistel, *Précis de droit commercial*, p. 216; Alauzet, *Commentaire des lois sur les sociétés civiles et commerciales*, n° 557; P. Pont, *Sociétés commerciales*, n° 1306; Lescœur, *Essai historique et critique sur la législation des sociétés commerciales*, n° 307; Romiguière, loi de 1863, nos 159 et suivants; Note dans le *Journal du Palais*, 1876, p. 873. *Contra*, Cassation, 27 janvier 1873, Dalloz, 1873. 1. 331; *Journal du Palais*, 1873, p. 883, 13 mars 1876, Dalloz, 1877. 1. 49; *Journal du Palais*, 1876, p. 873; Paris, 28 mai 1869, Dalloz, 1867. 2. 145; Rivière, *Des sociétés commerciales*, n° 174; Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, n° 473, p. 250; Griolet, note dans Dalloz, 1869. 2. 146; Choppard, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1878.

la discussion, puisqu'il est le point de départ de la doctrine contraire, était ainsi conçu :

« Lorsque la société est annulée aux termes de l'article précédent, les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables solidairement et par corps avec les gérants de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination. » La disposition était formelle et nul doute, au moins de notre part, que sous l'empire de cette loi les personnes responsables ne dussent l'être de la totalité des dettes sociales.

72. Lorsqu'en 1863, obéissant à un tout autre esprit qu'à celui qui avait présidé à la confection de la loi sur les sociétés en commandite, le législateur fit un premier essai dans la voie libérale, en créant à côté des sociétés anonymes une catégorie de sociétés, dont la constitution ne devait plus être soumise à une autorisation du Conseil d'État, il remplaça la garantie donnée par cette autorisation et le contrôle qui en précédait l'obtention, par une série de prescriptions essentielles. La sanction en cas d'inobservation était la nullité; comme conséquence de cette nullité la responsabilité des personnes chargées de les respecter, ou de veiller à leur accomplissement. Dans l'article 12 du projet, on retrouvait la disposition de la loi de 1856, et si le projet de loi du Gouvernement avait été purement et simplement accepté par la commission et voté par le Corps législatif, la controverse bien probablement n'existerait pas aujourd'hui; beaucoup d'interprètes, sinon tous, s'inclinant devant un texte formel, se borneraient à exprimer leurs regrets de voir une disposition si sévère consacrée par la loi et à demander une modification qu'ils croiraient juste.

73. Mais ce texte si décisif quant au point qui nous

occupe fut remanié par la Commission. A propos de la controverse élevée au sujet des premiers administrateurs, on a vu dans quel sens fut faite à cet article 42 du projet une modification importante. L'article 25, devenu plus tard dans la loi de 1867 l'article 42, en contenait une autre non moins grave. Les expressions finales, qui fixaient l'étendue de la responsabilité envers les tiers à la totalité des dettes sociales, avaient disparu, et cela sans qu'un mot dans les documents parlementaires ou dans la discussion pût donner l'explication de cette suppression et sa signification. Le passage du rapport de M. du Miral sur l'article 25, a été reproduit plus haut, rien n'indique la volonté du législateur sur le point en question; quatre ans plus tard, l'article 42 reproduisit la disposition de l'article 25, sans qu'une explication positive fût davantage donnée.

74. C'est avec ces éléments législatifs que de part et d'autre on a raisonné, les uns voulant voir dans l'absence des mots « de la totalité des dettes sociales » une omission involontaire de la commission de 1863, et prêtant cette manière de voir à celle de 1867, les autres induisant du silence de la loi la volonté clairement manifestée par le législateur d'abandonner une sévérité, qu'ils considèrent comme exagérée.

75. Mais en dehors des exposés des motifs, des rapports et des discussions, dans lesquels on cherche vainement les données d'une explication, n'est-il pas possible de reconnaître l'intention du législateur, soit dans les circonstances mêmes, où intervenait la loi, soit dans les autres dispositions qui accompagnent celle de nos articles 25 ou 42?

Assurément oui, et les précédents mêmes des lois ne

sont pas stériles, quant à la difficulté qui nous occupe, au point de nous laisser seulement hésiter sur la question de savoir, si dans le silence de la loi et dans une matière aussi grave, il est possible de suppléer une disposition qui se trouvait écrite dans une loi antérieure ne s'appliquant pas aux mêmes sociétés, disposition que la volonté du législateur a pu être aussi bien d'abandonner que de reproduire. Même posée en ces termes, la conclusion devrait être nécessairement en faveur de notre système, car pour appliquer la loi il faut se fonder sur un texte et ce texte manque; et s'il est possible de faire intervenir dans la discussion d'une question ce qui indique ou détermine dans un sens ou dans un autre la volonté du législateur, ce n'est que lorsqu'il s'agit d'interpréter une disposition écrite obscure ou ambiguë, mais non pas pour ajouter un texte qui fait défaut, alors surtout que la disposition en discussion a un caractère en quelque sorte pénal.

76. Cette considération majeure au besoin suffirait; cependant nous pensons que l'examen en question, loin de nuire à l'opinion que nous soutenons, la fortifiera au contraire; faisons-le donc et discutons en même temps les arguments que l'on oppose (1).

1° C'est par omission du législateur, dit-on, que le texte de 1856 et celui de l'article 12 du projet de loi de 1863 n'ont pas été reproduits dans l'article 25 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée. L'un des auteurs, pour donner plus de vraisemblance à cette allégation,

(1) Nous nous sommes surtout attachés à réfuter les raisons données dans la brochure de M. Léon Choppard, qui nous a paru offrir dans le sens contraire au nôtre la discussion la plus complète.

reproduit cette phrase du Commentaire de M. Mathieu sur la loi de 1867, qu'il applique à l'article 25 de la loi de 1863 : « Il est arrivé ici ce que l'on voit parfois dans les lois les mieux ordonnées, où, lorsque le texte a été remanié à plusieurs reprises, il peut se glisser de légères inexactitudes. »

77. Certes, des omissions peuvent exister dans les lois et surtout dans les lois aussi complexes que celles sur les sociétés, mais l'auteur en question est-il bien autorisé dans l'espèce à invoquer la déclaration du rapporteur de 1867. Outre qu'ici il ne s'agit pas d'inexactitude légère, il ne paraît pas qu'une omission de ce genre ait pu se produire en 1863, dans les circonstances où intervenait la loi.

On était alors en pleine réaction contre les sévérités de la loi de 1856, et spécialement sur l'application à faire de l'article 7 et de sa disposition relative à l'étendue de la responsabilité envers les tiers, la jurisprudence, malgré les termes formels à notre avis de la loi, ne pouvait se résoudre à consacrer ce qu'elle croyait être une injustice. La Cour de Toulouse, en effet, bien que l'article 7 déclarât les conseils de surveillance responsables de *toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination*, fixait la responsabilité du gérant au montant intégral de toutes les créances, tandis qu'elle limitait arbitrairement au quart celle du conseil (1). La Cour de Paris allait plus loin, se refusant à appliquer la disposition impérative de la loi de 1856 (2), elle statuait que le conseil de surveillance pouvait dans l'espèce ne

(1) Toulouse, 13 avril 1863, Dalloz, 1864. 1. 377.

(2) Elle est devenue facultative dans celle de 1867.

pas être déclaré responsable d'une nullité prononcée pour inobservation des règles relatives à la souscription intégrale du capital et au versement du quart, « considérant que dans l'espèce l'insuffisance des souscriptions et le non-versement du quart des actions souscrites n'ont été pour rien dans les causes de la ruine du Comptoir Spinelli; que cette entreprise n'a point failli, par suite d'insuffisance de ressources ni pour toute autre cause ayant trait à la composition de son capital; qu'elle a péri par suite des dilapidations de ses agents, dilapidations qui eussent été plus considérables, si les apports de fonds eussent été plus élevés, sans que la situation des actionnaires et de la faillite s'en trouvât meilleure; qu'ainsi, dans de telles circonstances, en rendant le conseil de surveillance responsable des pertes de la compagnie, par application de l'article 7 de la loi du 17 juillet 1836, on arriverait à une peine qui n'aurait aucune relation avec le fait reproché (1). »

C'était, de l'avis même de la plupart des auteurs que nous combattons, devancer de quatre ans la disposition plus modérée de la loi de 1867; c'était voir dans un texte impératif la faculté pour le juge de prononcer ou de ne pas prononcer la responsabilité de tous les engagements sociaux postérieurement à l'entrée en fonctions du conseil de surveillance.

78. A quelles dates intervenaient ces deux arrêts? était-ce à une époque déjà lointaine dans le passé de la loi de 1863, à une époque, où il n'était pas question de créer la société à responsabilité limitée et à laquelle le législateur eût été peut-être excusable de n'avoir pas eu

(1) Paris, 16 janvier 1863, Dalloz, 1864. 4. 368.

la pensée de se reporter? Non, c'était à la veille même de la discussion de la loi, dans l'année qui en voyait la promulgation, au jour où la commission amendait le projet primitif du Gouvernement; c'était au 16 janvier et au 13 avril 1863 ⁽¹⁾.

79. Comment maintenant peut-on dire que c'est par omission que l'article 7 de la loi de 1856 et la rédaction de l'article 12 du projet n'ont pas été reproduits dans l'article 25? Comment prétendre que, pour modifier dans le sens que nous soutenons, la disposition du projet il eût fallu une discussion au sein de la commission? Mais c'est renverser la question, c'est son maintien, qui sous le coup de l'impression causée par les deux arrêts de Paris et de Toulouse, eût soulevé des controverses et des oppositions. La jurisprudence, en effet, dans deux arrêts se prononce, sur l'interprétation à donner à l'article 7 de la loi de 1856, contrairement à l'opinion qu'ont adoptée d'abord les auteurs du projet de loi de 1863; on remanie dans un sens d'équité (puisque les fondateurs sont joints, et ce n'était que justice, aux administrateurs dans la responsabilité résultant de la nullité) l'article 12, qui devient l'article 25; les mots « de la totalité des engagements, » (ceux-là mêmes dont la jurisprudence persistait à ne pas tenir compte, lorsqu'il s'agissait du conseil de surveillance de la commandite), ne reparaissent pas dans le texte définitif, et l'on en conclut que le législateur a eu l'intention de reproduire une disposition rigoureuse, qui au moment même était contestée. C'est interpréter sin-

(1) Le rapport fut déposé le 28 avril. La discussion eut lieu au Corps législatif dans les séances du 4 et du 5 mai, au Sénat dans celle du 8.

gulièrement le silence de la loi et étant donné le bruit causé par les deux décisions judiciaires, il est beaucoup plus certain d'affirmer que, si les auteurs de la loi de 1863 avaient eu la pensée de maintenir pour la société à responsabilité limitée et pour le conseil d'administration comme pour les fondateurs, une disposition analogue à celle de la loi de 1856, avec le sens qu'on y attache, loin de l'omettre, au jour où la jurisprudence en donnait une si singulière interprétation, ils l'eussent précisée de façon à ce que le doute ne fût plus possible.

80. En fait, la disposition n'existe plus et il est naturel de prétendre que d'un commun accord, sans discussion, les législateurs, au sein de la commission comme au sein du Corps législatif, ont adopté législativement le sentiment consacré judiciairement par la magistrature. Tout en blâmant peut-être au point de vue juridique son interprétation, au point de vue de l'équité ils y ont applaudi et adoptant cette manière de voir, ils ont inscrit dans la loi un texte qui dans leur pensée devait à jamais éviter à la société à responsabilité limitée un retour de la jurisprudence vers les rigueurs de la loi de 1856.

81. Passons à la loi de 1867.

L'article 8 de la loi a remplacé l'article 7 de celle de 1856, quant à la commandite. Il est ainsi conçu : « Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, les membres du premier conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables avec le gérant du dommage résultant pour la société ou pour les tiers de l'annulation de la société. » La disposition est précise, c'est à l'égard de la commandite la consécration législative de la doctrine admise par les cours de Toulouse et de Paris, doctrine confirmée par arrêt de la Cour su-

prême en 1864. La responsabilité se limite au préjudice causé.

Pour la société anonyme, l'article 42 a reproduit exactement les termes de l'article 25 de la loi de 1863; on en conclut qu'il a la même signification que celle qu'on a très-gratuitement prêtée à l'article 25.

82. Cette conclusion est à notre avis aussi fausse que celle précédemment donnée, et ici nous devons signaler une contradiction d'un des jurisconsultes qui ont cru devoir soutenir l'opinion contraire à la nôtre.

Pour prouver que le législateur de 1863 a eu, quant à l'étendue de la responsabilité envers les tiers, la même intention que celui de 1856, M. Choppard écrit : « Comparons ensemble les lois du 17 juillet 1856 et du 23 mai 1863. Ces deux lois étaient destinées à régir simultanément les sociétés en commandite et les sociétés à responsabilité limitée, et en fait, elles ont coexisté jusqu'à leur abrogation par la loi de 1867, on doit penser que le législateur a dû coordonner leurs dispositions, *de telle façon que dans l'application elles ne pussent présenter ni contradiction ni inconséquence* (1). » Puis le même auteur rapprochant les textes, conclut, de la disposition impérative de l'article 7 de la loi de 1856, à en sous-entendre une semblable dans l'article 25.

83. Plus tard, lorsque la loi de 1867 réunit dans un même texte la commandite et la société anonyme, logiquement on devait s'attendre à entendre M. Choppard répéter son raisonnement et nous dire : « L'œuvre d'unité, que je signalais en 1863, est complète; la coordination, que je souhaitais voir dans les dispositions rela-

(1) *Revue critique de législation*, année 1878, p. 73.

tives à la société en commandite et à la société anonyme, existe en 1867; c'est surtout à cette époque, où il n'y a plus qu'une loi, où la réunion entre les deux sociétés est caractérisée, qu'il faut conclure à la parité des dispositions; puisque l'étendue de la responsabilité est limitée dans l'une au préjudice causé, elle doit l'être également dans l'autre. L'article 42 manque de précision; nous avons interprété dans un sens rigoureux sa disposition dans l'article 25, parce que tel était celui que nous attachions à l'article 7 de la loi de 1856; aujourd'hui que l'intention du législateur est manifeste, qu'elle s'est affirmée dans un sens plus modéré, pour les mêmes raisons que celles données plus haut, l'article 42 nous paraît avoir le même sens que l'article 8. »

Mais point; si l'auteur rappelle la disposition de l'article 8, qu'il prévoit comme un argument de notre théorie c'est pour ajouter : « Qu'importe ! le législateur s'est clairement expliqué sur cette restriction de la responsabilité des membres du conseil de surveillance. Il aurait pu en faire autant, en ce qui concerne les fondateurs et les administrateurs des sociétés anonymes, mais il ne l'a pas fait. Il a, au contraire, reproduit textuellement la disposition de l'article 25 de la loi de 1863 et manifesté ainsi l'intention de lui laisser dans l'article 42 de la loi de 1867 le même sens et la même portée. »

De l'avis de M. Choppard, les mêmes que ceux de l'article 8 de la loi de 1856; il n'y a plus qu'à ajouter en rappelant ce qui était dit tout à l'heure : Apparemment, afin que les dispositions relatives à la société en commandite et à la société anonyme *ne présentassent dans leur application ni contradiction ni inconséquence.*

84. L'article 8 de la loi de 1867, loin d'être au con-

traire pour nous un élément de contradiction, vient à l'appui de l'opinion que nous soutenons.

Le législateur, avons-nous vu, a supprimé, lorsqu'il a eu à s'occuper de la société à responsabilité limitée, sous l'impression d'une jurisprudence récente, ces mots : « responsables de la totalité des dettes sociales, » pour ne laisser subsister que ceux-ci « responsables envers les tiers, sans préjudice du droit des actionnaires. » Plus tard, suivant le même sentiment, ayant à réglementer à nouveau la société en commandite, il estime, comme les tribunaux et les cours, que la loi de 1856 contient une sanction trop sévère et afin qu'on ne puisse plus reprocher à la jurisprudence de tourner la loi, il décide formellement que la responsabilité du conseil de surveillance et du gérant s'appréciera suivant les règles du droit commun et se limitera au préjudice causé; il ne change pas l'article 24 de la loi sur les sociétés à responsabilité limitée, reproduit par l'article 42, parce qu'il n'a pas à le changer, estimant qu'il a la même signification, quant au point qui nous occupe que l'article 8. C'est là l'explication naturelle et logique; et si l'on s'étonne du silence gardé sur ce point soit dans le rapport, soit dans la commission, soit dans la discussion, si l'on regrette qu'un mot n'ait pas été prononcé pour faire cesser toute controverse, il n'en faut pas moins reconnaître que le doute, dans ce cas, étant donnée, surtout la modification apportée à l'article 8, doit s'interpréter en faveur de l'opinion que nous défendons.

85. Qu'on remarque de plus que dans l'article 8 comme dans l'article 42, les associés, dont les apports en nature ou les avantages particuliers non vérifiés ont été la cause de la nullité, partagent, soit avec les gérants et les conseillers de surveillance, soit avec les fondateurs

et les administrateurs, la responsabilité résultant de la nullité. Il suffira donc, dans la doctrine que nous combattons, qu'il soit question de société anonyme, ou de société en commandite, pour qu'à l'égard de ceux-ci la même faute entraîne tantôt une responsabilité exceptionnelle et illimitée, tantôt une responsabilité de droit commun.

86. Ces raisons paraîtront concluantes, mais combien plus le seront-elles, lorsque pour les fortifier, viendront se joindre les déclarations solennelles des deux hommes qui prirent la plus grande part à la confection des lois de 1863 et de 1867, de MM. Duvergier et Mathieu.

Le premier de ces jurisconsultes explique en ces termes l'article 25 de la loi du 23 mai 1863 :

« Le projet déterminait l'effet de la responsabilité à l'égard des tiers, il déclarait que les administrateurs étaient tenus au paiement de la totalité des dettes. Cette disposition a été modifiée, afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au dommage qu'auront éprouvé, soit les tiers, soit les associés (1). »

L'affirmation est précise et vient du conseiller d'État, qui, le 16 mai 1863, au nom du Gouvernement, présentait le projet de loi dont l'article 12 a servi de base à l'argumentation que nous combattons; c'est lui-même qui indique formellement le sens à donner à la modification qu'a apportée la commission.

87. Non moins précise est la déclaration de M. Mathieu dans son Commentaire sur la loi du 24 juillet 1867 : « La

(1) Duvergier, *Collection annotée des lois*, sur l'article 25 de la loi du 23 mai 1863.

responsabilité solidaire des fondateurs, celle également solidaire des administrateurs peut être réclamée non-seulement par les tiers, mais encore par les actionnaires, dans la proportion du préjudice que la nullité aurait causé à ceux-ci et à ceux-là : l'article 42 le dit expressément (1). »

88. Fallait-il plus encore ? A l'occasion d'une affaire, qui soulevait bien des questions sur la loi de 1867, notamment celle que nous étudions, et donnait lieu à un grand nombre de décisions judiciaires, les deux jurisconsultes, se réunissant dans une consultation délibérée en faveur de la société Bordelaise, protestent contre la doctrine consacrée jusqu'alors par la jurisprudence et reproduisent une fois de plus les déclarations rapportées ; ils affirment eux, les auteurs des lois, eux qui ont fait soit les exposés des motifs, soit les rapports, qui ont dirigé les débats au sein des commissions ou devant le parlement, que leur sentiment est moins *l'avis de jurisconsultes* que *la déclaration de témoins* (2).

89. 2° La doctrine contraire se fonde encore sur l'opposition des termes, dont s'est servi le législateur pour désigner les tiers et les associés. Il y a, soutient-on, une différence dans la responsabilité selon qu'elle existe envers les premiers ou envers les seconds ; ce qui le prouve, c'est l'expression finale du premier paragraphe de l'article 42 et le contexte des articles 42 et 44. Dans le premier de ces articles, au lieu de dire : « les fondateurs et les administrateurs sont responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires, » le législateur

(1) Mathieu et Bourguignat, p. 207, n° 244.

(2) MM. Demolombe et Valette adhèrent à cette consultation.

dit : « sont responsables solidairement envers les tiers, sans préjudice du droit des actionnaires. » On doit tenir compte de cette expression de l'article qui indique certainement une différence essentielle; elle ne peut être autre que celle que nous soutenons.

90. Ceci d'ailleurs, ajoute-t-on, reçoit une confirmation du rapprochement des deux articles 42 et 44 dont le dernier est ainsi conçu : « Les administrateurs sont responsables conformément aux règles du droit commun individuellement ou solidairement, suivant les cas envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs. » Or, puisque cet article déclare qu'aux administrateurs incombe une responsabilité de droit commun, suivant la doctrine qui soutient que l'article 42 se rapporte également à une responsabilité semblable, il y a double emploi, un des articles est inutile. Au lieu d'admettre une semblable répétition, puisque ces deux articles existent, on leur cherche, dit-on, un sens. On prétend qu'ils s'appliquent à des hypothèses différentes et prononcent envers les tiers des responsabilités différentes; quand la société est nulle, la responsabilité s'élève au montant intégral des dettes sociales; quand, au contraire, elle est légalement constituée, la responsabilité se mesure au préjudice subi.

91. A ce raisonnement nous répondons : quant au premier argument tiré du texte de l'article 42, il y a bien dans cet article une opposition, indice d'une différence entre les droits des tiers et ceux des associés, relativement aux personnes responsables; mais cette différence est

moins importante que celle que l'on veut établir. Elle sera indiquée à la fin de ce chapitre, dans la section qui traitera des droits des actionnaires, et l'on verra qu'elle est plus en rapport avec les expressions dont s'est servi le législateur.

92. Quant à l'argument tiré des deux articles 42 et 44, chacun de ces articles vise effectivement une hypothèse spéciale : le premier, celle d'une société nulle ; le second, celle d'une société fonctionnant après avoir été légalement formée ; la disposition, relative exclusivement aux administrateurs dans le dernier article, en est la preuve ; mais ce que l'on doit contester et nier, c'est qu'étant admis que nos articles s'appliquent à des espèces différentes, nécessairement on puisse en conclure que, puisque la responsabilité de l'article 44 est de droit commun, celle de l'article 42 doive être exceptionnelle et illimitée.

Entre les deux hypothèses trois autres différences peuvent exister et existent en réalité d'après la loi de 1867 ; différences qui exigeaient que le législateur distinguât les deux espèces, celle d'une société nulle et celle d'une société légalement constituée, et l'empêchaient de comprendre dans une même rédaction les dispositions relatives à la responsabilité dans les deux cas.

93. Quelles sont ces différences ?

1° Dans le cas d'une nullité deux sortes de personnes peuvent encourir la responsabilité, qui ne l'encourent jamais dans l'autre : ce sont les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les associés apporteurs en nature ou bénéficiant d'avantages particuliers, dont la situation exceptionnelle n'a été ni vérifiée ni autorisée par les autres actionnaires dans les formes prescrites dans l'article 4.

2° Dans le cas d'une nullité, la solidarité s'attache de

droit, nécessairement, à la condamnation en responsabilité; les juges sont maîtres au contraire dans l'application qu'ils font de l'article 44 de la prononcer ou de ne pas la prononcer.

3° Dans le cas d'une nullité, il suffit que le préjudice soit constaté pour que la condamnation en responsabilité soit inévitable et qu'elle s'étende au montant de tout le préjudice. Dans l'hypothèse de fautes commises dans la gestion ou d'infractions autres que celles entraînant la nullité, bien que le préjudice soit certain, les juges souverains appréciateurs des faits peuvent, suivant les circonstances, en raison de la bonne foi des administrateurs, modérer la condamnation, qui ne comprend plus alors nécessairement l'évaluation intégrale du dommage causé.

C'est sous cette réserve expresse que nous disons que la responsabilité, envers les tiers, de l'article 42 est de droit commun, comme celle de l'article 44.

Ce sont, à notre avis, ces différences qui ont fait que le législateur a prévu et sanctionné séparément les fautes commises dans les deux espèces; c'est dans le but de préciser ces points bien particuliers qu'il a, après l'article 42, inscrit dans la loi l'article 44, qui dès lors ne fait aucunement double emploi.

94. 3° Enfin la jurisprudence a invoqué, pour appuyer ses arrêts, une troisième raison, que l'on peut certainement considérer comme étant celle qui l'a décidée.

« En cas de nullité, dit-elle, l'être social disparaît, les personnes déclarées responsables se trouvent substituées à lui et tenues par là même personnellement et indéfiniment des engagements de la société. »

La raison? la voici :

Cela est conforme à la doctrine toujours suivie en ma-

tière de société anonyme. En effet, un jurisconsulte éminent entre tous, M. Delangle, commentant l'article 37 du Code de commerce, ne disait-il pas que ce qui créait la société anonyme, c'était l'autorisation du Gouvernement, que sans autorisation, le caractère et le bénéfice de l'anonymat n'existaient pas et que « la société n'était à l'égard des tiers qu'une société collective (1). »

95. Cette déclaration est parfaitement exacte sous l'empire du Code de commerce ; mais la question est bien moins de savoir quelle était la doctrine autrefois admise en cas de défaut d'autorisation, que ce qui a été le sentiment du législateur en 1863 et en 1867 dans l'hypothèse d'une nullité.

Lorsque sous l'empire du Code de commerce la société anonyme n'était créée que par l'autorisation du Gouvernement, on était logiquement amené à reconnaître que sans autorisation la société n'avait point acquis le caractère anonyme, avec l'idée qui s'y rattache, la responsabilité impersonnelle et limitée pour les associés. Dès lors elle rentrait forcément dans la classe des sociétés de fait, où tous les associés sont obligés personnellement et indéfiniment. En 1863 pour les sociétés à responsabilité limitée, en 1867 pour les sociétés anonymes, l'autorisation a disparu et pour suppléer les garanties qu'elle offrait, des prescriptions multiples ont été édictées, dont l'inobservation a été sanctionnée par la nullité. Si le législateur s'était tenu là, bien certainement tous les associés, conformément au principe ancien, eussent dû être considérés comme des associés de fait. Mais au lieu de cela le législateur restreint les conséquences de la nullité à une classe

(1) Delangle, *Soc. commerciales*, t. II, p. 59, n° 478.

de personnes, qu'il déclare responsables; et responsables, pourquoi? M. Mathieu répond : « Les fondateurs, parce que la nullité est leur œuvre personnelle et directe, les administrateurs, parce que pouvant l'éviter ils l'ont laissé commettre. »

96. C'est donc, parce que ces personnes sont en faute, que leur incombe la responsabilité; or, décider que cette responsabilité doit s'étendre au delà du préjudice causé, à l'intégralité du paiement de chaque créance, c'est violer à leur égard : « ce double principe de justice et de morale, à savoir que la peine doit être proportionnée à la faute et que la faute, lorsqu'elle ne cause aucun préjudice, ne donne lieu à aucune réparation civile (1). »

97. On doit bien le remarquer, c'est dans l'intérêt des tiers et des actionnaires que la loi a édicté les formalités essentielles de constitution de société; lorsqu'elles n'ont pas été observées, que l'intérêt des tiers et des associés soit pleinement sauvegardé, que les fondateurs et les administrateurs déclarés responsables soient tenus du préjudice causé par leur faute, rien de plus juste et de plus naturel; mais les substituer, comme le fait la jurisprudence, à l'être social, faire peser sur eux le poids de tous les engagements sociaux, ajouter à la garantie qu'offrait la société, celle personnelle et indéfinie des fondateurs et des administrateurs, c'est intéresser les créanciers à faire prononcer la nullité de la société, avec laquelle ils ont contracté, aussitôt que sa solvabilité leur paraîtra douteuse, c'est méconnaître la portée et le sens d'une différence profonde, qui existe entre la société

(1) Voir note sur arrêt de Cassation, 13 mars 1876, *Journal du Palais*, p. 876.

anonyme telle que l'avait comprise le législateur de 1807 et celle qu'a organisée celui de 1863 et de 1867.

98. Sous l'empire du Code tous les associés étaient intéressés à l'obtention de l'autorisation du pouvoir, qui était la condition essentielle de la société anonyme. En 1867, la loi prescrit bien aux actionnaires présents à l'assemblée générale de vérifier la sincérité de la déclaration imposée aux fondateurs, ce qui implique l'obligation d'examiner si les conditions essentielles pour constituer la société ont été remplies; mais il n'y a pas de sanction à cette disposition, si les actionnaires la violent, ils ne seront pas pour cela, la nullité étant plus tard prononcée, déclarés associés de fait.

Pourquoi les fondateurs et les administrateurs seraient-ils seuls considérés comme tels, ils ne sont pas seuls associés, et si le législateur, qui les a plus particulièrement chargés de veiller à la constitution régulière de la société, les a seuls déclarés responsables de la nullité, cela n'a été qu'en raison de la faute commise, et ce ne peut être qu'en respectant les principes incontestés sur l'étendue et la réparation des fautes.

99. Ce qui prouve d'ailleurs surabondamment que les personnes responsables ne doivent pas être considérées en cas de nullité, comme des associés de fait, comme des associés en nom collectif⁽¹⁾, substitués à l'être social, et pour cette raison obligés personnellement au paiement des dettes de la société; c'est qu'en cas de nullité l'actif social ne leur revient pas.

(1) Ainsi que le disent les arrêts de Cassation des 27 janvier 1873, D. 1873. 1. 331 et 13 mars 1876, D. 1877. 1. 49, et ceux de la Cour de Paris des 28 mai 1869, D. 1869. 2. 145 et 3 mai 1881, *Journal des Sociétés*, p. 480 et s.

Je m'explique, supposons une société prospère mais affectée d'un vice originaire, un associé en demande la nullité, qui est prononcée, (l'associé, bien que la situation de la société soit bonne, peut craindre d'y rester, la sachant menacée d'une nullité;) on procède à la liquidation, l'actif en caisse au jour de la dissolution suffit à désintéresser tous les créanciers, il reste de plus les créances qu'a contre les tiers la société annulée; les fondateurs et les administrateurs substitués à l'être social en cas de nullité vont-ils en partager le montant? Non, ce seront les associés; et cependant quelle solution eût été plus logique dans la doctrine, qui admet que la société disparaissant les fondateurs et les administrateurs doivent être seuls considérés comme associés de fait?

100. Après la contradiction, mentionnons les conséquences extrêmes de la théorie de la jurisprudence. Elle a décidé *en cas de nullité de la société*; 1° que les fondateurs et administrateurs, tenus solidairement de tout le passif social, devaient être considérés comme s'ils étaient des associés en nom collectif; 2° que les fonctions d'administrateur, lorsqu'elles ne sont point limitées à tel ou tel acte particulier, qu'elles sont salariées et qu'elles ont été acceptées dans une pensée de spéculation et de lucre donnent à l'administrateur la qualité de commerçant; 3° que les administrateurs, rendus responsables des engagements pris par eux au nom de la société annulée, peuvent être déclarés en faillite; 4° que cette faillite desdits administrateurs remonte au jour même de la déclaration de faillite de la société (1).

Ces diverses solutions, consacrées par la Cour de Paris,

(1) Paris, 3 mai 1881, *Journal des Sociétés*, 1881, p. 480 et s.

ne reposent en somme que sur le principe, que nous avons combattu : à savoir, qu'en cas de nullité les fondateurs et les administrateurs sont substitués à l'être social.

En effet, *sans ce principe*, même dans l'hypothèse de pouvoirs généraux de gestion et d'un mandat salarié donnés à des administrateurs, qui les auraient acceptés dans une pensée de spéculation, il est impossible de considérer, avec la Cour de Paris, les administrateurs des sociétés anonymes comme des commerçants. C'est donc la nullité de la société, qui, par l'application du principe de la jurisprudence, vient changer leur qualité, leur situation, en faire des associés de fait et conséquemment des commerçants. Mais la société de fait, comme le dit très-justement l'auteur de la note au bas de l'arrêt cité, c'est la Cour qui la crée; dans la réalité il n'y a rien de semblable. On ne peut supposer, en effet, nécessairement que les fondateurs et administrateurs responsables se connaissent et qu'il y ait eu entre eux une association concertée. Quant à la solidarité, que prononce contre eux la loi, ce ne peut être davantage l'indice d'une association de fait, puisque, c'est à titre de peine qu'ils la supportent et non à cause d'une communauté d'intérêts ou en vertu d'un contrat.

La jurisprudence antérieure au contraire, loin d'attacher à la solidarité de pareils effets, lui avait reconnu et maintenu son caractère essentiel dans une espèce analogue à la nôtre : celle d'un associé commanditaire, qui, pour s'être immiscé dans la gestion de la société, avait été déclaré responsable solidairement avec les associés non commanditaires. La Cour de Bourges, en effet, statua : « que la solidarité est la *seule peine* portée par l'article

28 (du Code de commerce et *que les dispositions pénales ne sauraient être étendues* (1).

Les conséquences admises par la Cour de Paris doivent être rejetées avec le principe de la jurisprudence.

101. Depuis 1807 l'importance de la société anonyme s'est considérablement accrue; dans la vie pratique comme dans nos lois son domaine s'est étendu et nous estimons que les œuvres législatives, auxquelles elle a donné lieu, ont quelque peu changé les principes en vigueur sous l'empire du Code de commerce; de même que nous sommes convaincus que celles que réserve l'avenir, consacreront en notre matière de nouvelles modifications, toutes dans un sens de modération et d'équité.

102. Ce qui reste au-dessus de cette discussion, ce sont les affirmations de MM. Duvergier et Mathieu; en face de la doctrine constamment affirmée par la jurisprudence, eux viennent donner l'explication de l'article 42 et attestent que la volonté du législateur de 1863 et de 1867 n'a pas été d'édicter contre les fondateurs et les administrateurs une responsabilité exceptionnelle et exagérée.

103. Par une conséquence naturelle de notre système il faut décider, contrairement à l'arrêt de la Cour de Paris du 28 mai 1869, que les créanciers, qui ont ignoré la cause de nullité, sont seuls recevables à se prévaloir de la disposition de l'article 42.

En effet, on vient de voir que la volonté du législateur a été d'obliger les fondateurs et les premiers administra-

(1) Bourges, 2 août 1828; art. 28 visé est l'article 28 du Code de commerce.

teurs, non pas à acquitter toutes les dettes sociales, mais à réparer seulement le préjudice par eux causé. Or, ils ne peuvent être tenus à la réparation d'un préjudice résultant de la nullité envers des tiers, qui connaissaient, au moment où ils contractaient avec la société, le vice de sa constitution et partant la possibilité d'une nullité prononcée. En ayant connaissance, ils s'exposaient aux conséquences de la nullité; ils acceptaient les risques, que faisait courir à la société et à eux-mêmes l'inobservation de la loi; le préjudice à leur égard ne peut exister.

104. D'ailleurs et en outre des raisons par lesquelles nous avons soutenu la précédente opinion, n'est-elle pas immorale la doctrine qui a, entre autres conséquences, celle de permettre à des tiers, « *qu'ils aient connu ou non la cause de la nullité, qu'ils aient même pris part aux actes qui l'ont entraînée* ⁽¹⁾, » de se prévaloir de cette nullité et de la responsabilité qui en résulte?

105. Cette décision aussi devra être repoussée comme la théorie dont elle découle, et de même que, quant aux créances, à leur valeur, la responsabilité en cas de nullité doit se limiter au préjudice causé; de même quant aux créanciers, à la qualité des tiers, elle se limitera à ceux-là qui ont ignoré, au moment où le contrat intervenait avec la société, l'état irrégulier de sa constitution.

(1) Paris, 28 mai 1863, Dalloz, 1863. 2. 145.

SECTION II.

Responsabilité envers les associés.

106. Cette responsabilité peut revêtir deux formes, elle peut exister envers les actionnaires considérés en masse *comme représentant la société* ou individuellement, si la nullité vient à causer à l'un d'eux un dommage particulier et distinct de celui qu'elle fait éprouver à tous les autres.

Le premier cas sera celui de tous les souscripteurs à l'origine, qui pourront réclamer le montant intégral ou partiel de leurs souscriptions, selon qu'au jour où est intervenue la nullité, ils avaient versé tout ou partie de leurs engagements.

Le second, celui d'un cessionnaire devenu actionnaire au cours du fonctionnement de la société, qui a acheté des titres à un prix supérieur à celui de l'émission (1).

107. Dans l'un et l'autre cas, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour n'accorder aux actionnaires qu'une réparation de droit commun.

Ainsi pour nous, que la responsabilité de l'article 42

(1) Cette dernière hypothèse sera étudiée au chapitre qui traite de la responsabilité encourue, par les administrateurs, pour fautes commises après la constitution régulière de la société. La différence, en effet, entre cette espèce et celle de la nullité, c'est que les tiers entraînés à acheter des titres au cours des opérations sociales, n'ont d'action que contre les administrateurs, tandis que ceux qui ont acheté les titres d'une société nulle peuvent rendre responsables et les administrateurs et les fondateurs.

soit considérée comme existant envers les créanciers ou envers les actionnaires, sauf une différence qui va être indiquée, elle est la même; c'est une responsabilité de droit commun; la jurisprudence, au contraire, avec une partie de la doctrine, crée une responsabilité exceptionnelle envers les tiers, mais est d'accord avec nous pour limiter celle encourue envers la société au préjudice causé.

108. Pour déterminer quels sont les actionnaires recevables à réclamer le bénéfice de cette responsabilité, il faudra donc examiner, si en entrant dans la société quelques-uns d'entre eux ont eu connaissance de la violation d'une des prescriptions essentielles. Dans ce cas, assurément leur demande devrait être rejetée pour le tout; car il est de principe, nous l'avons vu plus haut à l'égard des créanciers, que l'appréciation du préjudice causé comprend en même temps et d'abord l'examen de cette question : La personne qui prétend l'avoir souffert, est-elle sans faute à cet égard et ne peut-on pas lui reprocher de s'y être exposée, en acceptant les éventualités d'une situation qui lui était connue (1)?

109. Quant à l'étendue de cette responsabilité, les magistrats chargés de l'apprécier le feront souverainement en tenant compte des faits et circonstances de la cause. Notamment, la faillite de la société survenue avant que la nullité ait été demandée et prononcée, ou la liquidation de cette société, votée en assemblée générale, rendrait de la part des actionnaires tout recours impossible; la nullité intervint-elle avant la faillite ou la liquidation, il faudrait se demander si les conditions mauvaises

(1) Cassation, 3 juillet 1873. Aff. Rodonachi, Dalloz, 1874. 1. 52.

dans lesquelles elles ont été faites, nous le supposons, résultent de la nullité; dans le cas où il paraîtrait certain que ce n'est pas cette dernière, qui a influé sur la situation de la société, la décision ne pourrait consister que dans le rejet de la demande en responsabilité. Telle a été celle d'ailleurs de la Cour de Nîmes : « Attendu qu'il est sensible que la nullité de la société du Crédit collectif n'est point la cause des mauvaises affaires et de la chute de cette société, qui ont été amenées par d'autres circonstances (1). »

110. Les juges de fait devront tenir compte également de l'inobservation par les actionnaires de la disposition de l'article 24. Cet article dispose que dans la première assemblée générale les actionnaires doivent vérifier la sincérité de la déclaration notariée imposée aux fondateurs.

La loi, en les avertissant et en les soumettant à cette obligation, leur donne une garantie nouvelle pour ne pas entrer dans une société illégalement constituée. S'ils passent outre, ne font pas cette vérification ou la font mal, c'est à eux à en supporter les conséquences; l'appréciation plus modérée du préjudice qu'ils ont éprouvé, ou même le rejet de leur action en responsabilité sera la sanction de l'inobservation de cette disposition de la loi.

111. L'assemblée générale, nous ne l'ignorons pas, est sans pouvoir pour couvrir de son approbation les actes faits en violation des dispositions de la loi relative à la constitution des sociétés commerciales, et empêcher ainsi la nullité d'être prononcée (2). La raison en est

(1) Nîmes, 21 janvier 1881, Dalloz, 1881. 2. 127.

(2) Paris, 18 février 1862, Sirey, 1862. 2. 161; Dijon, 10 avril 1867, Sirey, 1868, 2. 342; Paris, 17 février 1875, *Journal du Palais*, 1876, 467 et note.

simple : la société est affectée alors d'une nullité d'ordre public, « qui a pour but de protéger, non-seulement les tiers et les actionnaires, mais encore le crédit général, qui peut être compromis, quand des titres des sociétés vicieuses sont répandus sur le marché (1). »

L'intérêt des actionnaires n'est donc pas seul en jeu, mais de ce qu'ils ne peuvent, par une ratification ultérieure, faire une société légale d'une société nulle en droit, il ne s'ensuit pas que la faute qu'eux-mêmes ont commise dans la constitution de la société, ne puisse être un des éléments de l'appréciation du préjudice à eux causé.

112. Qu'on ne vienne pas objecter que cette vérification imposée à l'assemblée générale, ne peut être qu'une vérification portant seulement sur la matérialité des pièces et conséquemment ne doit pas entraîner pour les actionnaires la conséquence que nous indiquons. Cette vérification implique bien un examen de détail, tout comme celle imposée au conseil de surveillance de la société en commandite. Nous n'en voulons comme preuve que ces mots : « avec pièces à l'appui, » et l'explication que donne de cette disposition M. Mathieu dans son Commentaire de la loi de 1867 (2) : « La société anonyme, à la différence de la commandite par actions, n'a pas de conseil de surveillance auquel la loi puisse déléguer la mission de vérifier si cette déclaration a eu lieu, si elle a été faite régulièrement (3). Cette mission, c'est donc à

(1) Lyon-Caen et Renault, *Précis de droit commercial*, p. 228, n° 495.

(2) Mathieu et Bourguignat, p. 161, n° 182.

(3) Ici M. Mathieu renvoie aux n°s 74 et suivants du Commentaire, où il est dit, en quoi consiste la vérification imposée au conseil de surveillance. C'est bien la vérification la plus minutieuse et la plus complète qu'on puisse imaginer.

la première assemblée générale que notre article la confie. Les fondateurs doivent leur remettre et elle a le droit d'exiger l'expédition de cette déclaration : avec les pièces à l'appui (1). »

113. La disposition de l'article 24 est un surcroît de garantie, une précaution de plus; et si nous avons vu que les premiers administrateurs, en ne faisant pas cette vérification, doivent encourir la responsabilité édictée par l'article 42, la violation de la disposition de l'article 24 entraîne pour les actionnaires présents à l'assemblée générale, tantôt le rejet de leur action en responsabilité contre les fondateurs et les administrateurs, tantôt et en tout cas, une modération dans cette responsabilité.

114. Ce n'est pas là le seul effet que pourrait avoir l'inobservation de l'article 24. Non-seulement la faute commise par certains associés les rendrait non-recevables dans leur demande en responsabilité pour nullité originaire de la société, mais en outre, par application de l'article 1382, il faut admettre qu'ils pourraient être condamnés à supporter pour partie les conséquences de cette nullité.

Le principe du Code civil est, en effet, que quiconque a, par sa faute, causé un dommage à autrui, est tenu de

(1) Au cours d'une discussion précédente, on a vu, qu'à notre avis, contrairement à l'opinion de M. Mathieu, la société anonyme avait bien comme la commandite par actions un conseil chargé expressément et avant l'acceptation de ses fonctions d'opérer cette vérification. C'est le conseil d'administration. Mais ceci admis et prouvé (par l'exposé des motifs de 1863 et le rapport de 1867), il n'en reste pas moins qu'en outre de cette vérification imposée aux premiers administrateurs, l'assemblée générale est tenue de la même obligation par l'article 24.

le réparer. Or, ici, de l'aveu de tous, nous sommes en matière de droit commun, l'article 1382 doit donc s'appliquer.

Les associés qui ont concouru à la formation irrégulière de la société, soit en ne versant pas leur quart, soit en ne vérifiant pas la sincérité et l'exactitude de la déclaration des fondateurs, ont par leur faute ou leur négligence causé un dommage aux autres associés, et de ce chef ils peuvent être condamnés à partager la responsabilité des fondateurs et des administrateurs *envers la société*.

115. Dans ce sens fut rendu un arrêt de la Cour de Nîmes déjà cité, très-explicite en la matière.

La nullité d'une société avait été prononcée; les créanciers s'étaient désistés de leur action en responsabilité; seuls les actionnaires étaient en cause, et demandaient que les fondateurs et les administrateurs leur payassent le premier quart versé par eux de leurs souscriptions et les garantissent contre tout recours ou toute action fondés sur ces mêmes souscriptions. La Cour repoussa leur prétention pour des raisons nombreuses, tirées la plupart de la bonne foi des administrateurs et surtout, ce qui est à remarquer : « Attendu que les actionnaires doivent prendre leur part de la responsabilité de cette nullité, parce que lors de la première assemblée générale du 13 septembre 1873, ils ont accepté avec une confiance absolue la sincérité de la déclaration notariée du 9 septembre précédent et des pièces à l'appui, sans user de la vigilance qui leur était imposée par la loi du 24 juillet 1867, article 24 (1). »

116. Cette décision extrêmement juste, lorsqu'il s'agit

(1) Nîmes, 21 janvier 1881, Dalloz, 1881. 2. 128.

de la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs envers la société, ne le serait pas, s'il était question de celle encourue par eux envers les tiers.

Bien qu'ayant soutenu qu'à l'égard des créanciers sociaux les fondateurs et les administrateurs mentionnés dans l'article 42 sont responsables dans les limites du droit commun, nous ne pouvons pas ne pas reconnaître que cette responsabilité est prononcée contre eux tout particulièrement. L'intention du législateur nous paraît donc être de faire peser *sur eux seuls* les conséquences de la nullité à l'égard des tiers, puisqu'ils sont désignés expressément.

Au contraire, ces mots « sans préjudice du droit des actionnaires » ne nous semblent nullement indiquer que la responsabilité incombe aux seuls fondateurs et administrateurs. Tel est le sens que nous donnons à ces expressions différentes, dont s'est servi le législateur pour établir les droits des tiers et ceux de la société.

117. Pour résumer : en cas de nullité, seront seuls responsables *envers les tiers* les fondateurs et les premiers administrateurs ; la responsabilité par eux encourue *envers la société* pourra être partagée par ceux des actionnaires qui n'auront pas respecté la prescription finale de l'article 24.

Dans les deux cas la responsabilité sera celle du droit commun.



DEUXIÈME PARTIE.

FONCTIONNEMENT DE LA SOCIÉTÉ.

118. La société étant légalement constituée va commencer ses opérations; à l'issue de la première assemblée générale, le rôle des fondateurs s'est trouvé prendre fin; trois pouvoirs sont entrés en jeu : les administrateurs nommés par les associés, les commissaires de surveillance et l'assemblée générale.

Ici nous ne devons nous occuper que des deux premiers et plus spécialement de la responsabilité, qui leur incombe. Il est difficile de le faire cependant sans dire en quelques mots en quoi consistent leurs fonctions, puisque c'est une faute ou une négligence dans l'accomplissement de ces fonctions, qui peut entraîner pour eux la responsabilité.

On verra d'ailleurs par la suite combien il est plus facile de fixer l'étendue de la responsabilité que l'on rencontre ici que de celle étudiée plus haut et résultant de la nullité de la société. La responsabilité dont nous avons à nous occuper actuellement se résout toujours dans une appré-

ciation de faits, à laquelle vient se joindre l'application des principes du droit commun; l'autre dans le sentiment de la jurisprudence a un caractère exceptionnel.

Nous diviserons la matière en deux chapitres, l'un concernant les administrateurs, l'autre les commissaires de surveillance.

CHAPITRE PREMIER.

Des administrateurs.



119. Les administrateurs sont les délégués de l'assemblée générale (parfois ils sont désignés dans les statuts), les mandataires de tous les associés. Ils dirigent les opérations sociales. Ces mandataires sont, dans la société anonyme, essentiellement révocables et nommés à temps ; ils peuvent être salariés ou non rétribués (art. 22) : cette distinction est importante, la responsabilité pouvant varier, selon qu'ils sont ou non rémunérés.

Comme le fondateur, l'administrateur doit être associé ; mais à la différence de ce qui existe pour le premier, ici la loi de 1867 a un texte formel, l'article 22. De plus et comme garantie de leur gestion, l'article 23 dispose qu'ils devront être propriétaires du nombre d'actions fixé par les statuts, et que ces actions seront nominatives, inaliénables et déposées dans la caisse sociale.

120. En dehors des pouvoirs conférés par la société à ses administrateurs, pouvoirs qui ont leur origine et leur mesure dans le mandat donné, le législateur de 1867 a

prescrit aux administrateurs l'observation de certaines prescriptions, toutes de précaution et de prudence, toutes dans l'intérêt des tiers et des associés : c'est la confection chaque semestre d'un état sommaire, chaque année d'un inventaire détaillé de la situation active et passive de la société, avec des dispositions accessoires, qui assurent la sincérité du rapport et le contrôle des commissaires (art. 34); de plus il y a obligation pour eux de veiller à la nomination des administrateurs nouveaux ou des commissaires, et à leur remplacement (art. 34). Notons enfin comme dispositions d'un intérêt plus directement pécuniaire, celles imposant la formation d'un fonds de réserve, au moyen de prélèvements successifs et annuels du vingtième des bénéfices nets; la réunion de l'assemblée générale, en cas de perte des trois quarts du capital social, pour statuer sur la liquidation possible de la société (art. 37). Cette assemblée doit être également convoquée dans un cas particulier; la loi subordonne à sa décision le droit pour les administrateurs de prendre ou de conserver un intérêt direct ou indirect dans une entreprise ou un marché fait avec la société (art. 40).

121. Quant aux pouvoirs d'administration, ils ont, avons-nous vu, leur origine et leur étendue dans le mandat conféré et accepté; à ce point de vue les administrateurs qui, dans la période de formation de la société, peuvent être comparés aux membres du conseil de surveillance de la commandite, en ce qu'ils ont comme ces derniers l'obligation de vérifier si les conditions constitutives ont été remplies⁽¹⁾, doivent être au contraire, la

(1) Il existe cependant entre les membres du conseil de surveillance de la société en commandite et les administrateurs de la société ano-

société constituée, comparés au gérant. Comme lui ce sont eux qui représentent la société, et président à la marche des opérations.

122. La responsabilité des administrateurs peut donc être engagée pour deux sortes de faits : infractions aux dispositions de la loi de 1867 ou fautes dans la question, et à l'égard de deux catégories de personnes : les tiers et la société.

Examinons séparément les faits pour lesquels une responsabilité peut être encourue, ensuite viendra l'examen des différences dans la responsabilité, selon qu'elle existe envers les tiers ou envers la société.

SECTION PREMIÈRE.

Des infractions à la loi.

123. L'article 44 ne vise que celles qui n'entraînent pas la nullité de la société à l'origine.

Les autres ont été relevées dans la première partie de cette étude; il est inutile d'y revenir. Disons toutefois que c'est fort naturellement que les infractions aux dis-

nyme, deux différences qu'il importe de signaler. A l'encontre de ce qui se passe dans la société anonyme qui n'est constituée qu'à partir de l'acceptation des fonctions d'administrateurs (art. 25), les conseillers de surveillance sont nommés après la constitution définitive de la société (art. 5), et quant à la double vérification imposée aux uns comme aux autres, tandis que celle des administrateurs doit être faite avant l'acceptation par eux de leurs fonctions, les membres du conseil de surveillance ne doivent se livrer à celle qui leur est imposée, qu'immédiatement après leur nomination (art. 6).

positions de la loi concernant la marche et le fonctionnement de la société n'entraînent pas la nullité de cette société : cette sanction rigoureuse eût été ici hors de toute mesure. Ce que pouvait faire le législateur et ce qu'il a fait dans les articles 32 et 56 de la loi, c'était, en supposant remplies toutes les conditions essentielles à la constitution de la société, de restreindre la nullité aux seuls actes, faits en violation des prescriptions, qui s'y rapportent. Les dispositions de la loi n'ont même pas toujours cette sanction. La nullité des actes n'est pas prononcée dans tous les cas, où n'ont pas été observées les prescriptions légales (art. 38).

124. Mais qu'une nullité restreinte ait été prononcée ou non par le législateur, ce qui reste la véritable sanction pour les faits prévus par l'article 44, c'est la responsabilité pécuniaire des administrateurs.

Dans les deux cas cette responsabilité est la même; elle est celle du droit commun et peut être solidaire ou non solidaire.

125. La Cour de cassation, sur le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Toulouse, a eu à examiner la question de l'étendue de cette responsabilité à propos d'une des infractions, au sujet de laquelle la controverse pouvait s'élever le plus facilement.

Dans la discussion, à laquelle nous nous sommes livrés sur l'article 42 et plus particulièrement sur le point de savoir si les membres du premier conseil d'administration devaient, en cas de nullité de la société, encourir la même responsabilité que les fondateurs, nous avons constaté, on s'en souvient, que de l'aveu même du rapporteur de la loi de 1867, les mots « actes et délibérations » devaient disparaître de l'article 42. Sans

rentrer dans la discussion, disons que nous avons maintenu les termes se rapportant aux administrateurs, et avons fait supporter à ceux-ci la responsabilité qui incombe sans aucun doute aux fondateurs. Reste maintenant l'hypothèse, où par suite du défaut de publicité la nullité atteint les actes faits et les délibérations prises au cours de la société.

La Cour suprême, affirmant la différence qu'il y a entre le cas où la société est nulle (art. 41) et celui où la nullité ne porte que sur un acte ou une délibération, a déclaré que dans notre espèce la responsabilité solidaire et indéfinie qu'elle prononçait envers les tiers dans le premier, n'était pas encourue par les administrateurs dans la seconde hypothèse, et que celle qui alors leur incombait devait être déterminée d'après les principes du droit commun. « Attendu que la responsabilité des administrateurs, disait la Cour, pour toutes les infractions à la loi de 1867, autres que celles prévues par les articles 41 et 42, interprétés comme ci-dessus, est réglée par l'article 44, qui se réfère au droit commun ⁽¹⁾. »

126. Ainsi dans le système de la jurisprudence pour toutes infractions aux dispositions essentielles de la loi, dont l'inobservation entraîne la nullité de la société, envers les tiers, responsabilité solidaire, obligatoire et

(1) Dans son rapport à la Cour, M. le conseiller Cantel fixant la cause de la responsabilité indéfinie, admise par la jurisprudence et incombant aux administrateurs dans le cas des articles 41 et 42, rapprochait de cette espèce celle dont nous nous occupons. « Dans la première hypothèse, disait-il, les administrateurs avec les fondateurs sont substitués à l'être moral, qui par leur faute ou leur négligence est reconnu n'avoir pas d'existence; supposons que la société étant valable, une délibération soit au cas d'être annulée pour défaut de

indéfinie des administrateurs et des fondateurs ; pour celles, au contraire, qui ne portent pas atteinte à l'existence de l'être social, responsabilité de droit commun, solidaire ou non.

Dans notre système, qui n'admet dans les deux hypothèses que la responsabilité de droit commun, la différence n'existe qu'au point de vue de la solidarité qui est obligatoire dans le cas de l'article 42 et facultative dans celui de l'article 44 ⁽¹⁾.

Dans les deux systèmes envers la société, la responsabilité est celle de droit commun.

SECTION II.

Des fautes dans la gestion.

127. En dehors des infractions à la loi de 1867, les administrateurs peuvent être rendus responsables des fautes commises dans la gestion des affaires sociales.

128. Il est presque inutile de dire que les administrateurs n'encourent aucune espèce de responsabilité à

publicité, le même raisonnement serait-il possible ? Évidemment non. La nullité d'une délibération laisse son existence légale à la société, qui est toujours là pour répondre de ses obligations envers les tiers. Si cette nullité préjudicie aux tiers, ils pourront la faire prononcer et demander des dommages et intérêts à ceux dont la négligence en a été la cause, mais la responsabilité de cette négligence ne saurait en aucun cas dépasser le préjudice qui en est résulté. » Cassation, 18 janvier 1878, Dalloz, 1879. 1. 209 et s.

(1) Il sera traité de la solidarité dans un chapitre suivant.

l'occasion d'engagements pris par eux au nom de la société et dans les limites de leur mandat. Il est de principe, en effet, que dans ce cas le mandataire oblige le mandant.

« Il ne s'agit pas non plus, dit M. Sourdat, des fautes de la gestion industrielle, de l'incapacité commerciale des administrateurs, des mauvais marchés qu'ils auraient passés et qui auraient diminué l'actif au préjudice des créanciers (1). » Ceci est le domaine des risques, auxquels sont exposés tous les actionnaires des sociétés anonymes.

129. Ce que les actionnaires peuvent exiger ce n'est pas que dans la gestion des affaires sociales les administrateurs soient toujours habiles, expérimentés et heureux, mais bien qu'ils ne dépassent pas le mandat à eux donné, qu'ils ne violent pas les statuts et surtout que dans l'administration financière de la société le patrimoine ne soit pas compromis ou diminué par leur faute, leur négligence ou leur fraude.

Selon les principes généraux, la faute et le préjudice sont les éléments essentiels de la responsabilité.

130. Quelles sont les fautes qui peuvent engager la responsabilité des administrateurs?

Il est impossible d'entrer ici dans l'examen de toutes les fautes qui peuvent être commises dans la gestion d'une société. Elles varient selon les espèces, selon la nature et la sphère d'action de la société; leurs caractères changent dans chaque cas particulier et le même fait peut être plus ou moins condamnable, selon les circonstances dans lesquelles il se produit.

(1) Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, t. II, p. 394.

Mais si l'on ne peut entrer dans le détail des faits, rechercher les espèces, fixer le caractère de gravité de tous les actes des administrateurs, il est possible d'indiquer quels sont ceux qui le plus souvent donnent lieu à des actions en responsabilité.

Le texte même de l'article 44, qui vise un de ces actes particulièrement, autorise à le faire, et l'explication même de cet article comprend le sens que l'on doit attacher à cette disposition finale : *notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.*

Puisque le législateur a mentionné la distribution de dividendes fictifs, occupons-nous-en tout d'abord.

131. Distribution de dividendes fictifs.

Dans la loi de 1867, qu'est-ce qu'un dividende fictif?

Sur ce point, bien qu'employant une expression différente de celle dont s'était servi le législateur de 1863, celui de 1867 n'a pas attaché à ces mots « dividendes fictifs, » une signification particulière.

L'article 23 de la loi de 1863 définissait les dividendes dont il s'agit : *ceux qui, d'après l'état de la société, constaté par les inventaires, n'étaient pas réellement acquis.*

Du rapport de M. du Miral il résulte que ces mots : « constatés par les inventaires, » supposent nécessairement des inventaires exacts et réguliers; quant à ces autres, relatifs aux dividendes mêmes, « qui n'étaient pas réellement acquis » : « On a voulu exprimer ainsi, disait le rapporteur, les bénéfices qui ne peuvent plus échapper à la société, qui ne sont plus à l'état de simple éventualité, quelle qu'en soit la vraisemblance, dont aucun coup du sort, excepté une insolvabilité imprévue ou une des-

truction fortuite, ne peut plus priver la société. Sans doute il ne sera pas toujours nécessaire que le bénéfice ait été encaissé, il pourra résulter d'une valeur, d'une traite, même d'une simple créance, pourvu qu'elle soit réputée bonne, non susceptible de discussion et de nature suivant les usages du commerce à figurer à l'actif. Le bon sens et la pratique commerciale seront, sur ce point, le meilleur commentaire de la loi, etc. (1). »

M. Mathieu, dans son rapport sur la loi de 1867, manifeste explicitement la volonté du législateur de s'en tenir, quant au point qui nous occupe, à la pensée du législateur de 1863.

132. On conçoit aisément pour quelle raison le législateur s'est préoccupé des dividendes fictifs; c'est, en effet, un des moyens le plus ordinairement employé pour tromper le public que d'exagérer les bénéfices de la société. En distribuant des dividendes, qui n'ont pas de

(1) Rapport de M. du Miral sur la loi de 1863; Carette, *Lois annotées*, 1863, p. 82, sur art. 27.

Antérieurement à cette déclaration, M. Dupin, dans l'affaire Mirès, comprenant plus strictement encore les termes de la loi de 1856 qu'il s'agissait alors d'appliquer, disait devant la Cour suprême : « On ne partage pas des espérances même bien fondées; on ne partage pas une chance, mais des écus. Un dividende avant de sortir de la caisse de la société doit y être entré. » La Cour, cependant, consacrait une doctrine plus modérée, en n'exigeant pas que les écus fussent, à proprement parler, entrés dans les caisses, mais en déclarant qu'il suffisait que le bénéfice fut « complètement réalisé, » qu'il fût « le résultat d'une opération accomplie. » C'est une nuance qu'il faut noter (Aff. Mirès, 28 juin 1862, D. 1862. 1. 307).

En 1867 les mots *bénéfices non réellement acquis* sont remplacés par ceux-ci : *dividendes fictifs*, faut-il en conclure que l'intention du législateur ait changé? Non. M. Mathieu, dans son rapport, déclare expressément que cette intention est la même qu'en 1856 et 1863. Et M. Duvergier, dans son exposé des motifs, nous indique les raisons qui ont

raison d'être, la société par ses administrateurs, affiche une prospérité factice et non-seulement les associés, qui touchent un dividende important, sont trompés, car la société est peut-être à la veille de la liquidation et de la faillite, mais aussi le crédit public est atteint; le prix des actions va s'élever, les tiers sont provoqués à entrer dans la société ou à contracter avec elle, puisqu'elle leur paraît offrir toutes garanties et cela, au jour même où les bénéfices n'existant pas, les dividendes distribués sont nécessairement pris sur le capital social, gage des créanciers, qu'ils diminuent d'autant.

133. Le devoir imposé aux administrateurs est tout d'abord de confectionner des inventaires réguliers et exacts et de ne compter comme bénéfices sociaux que ceux qui sont définitivement entrés dans l'actif de la société, « qui ne dépendent pas de la réalisation d'un marché futur, possible, vraisemblable même, mais non

fait adopter cette expression nouvelle en même temps qu'il se rallie à l'opinion de la Cour de cassation précédemment rapportée. Le passage est important à retenir. « Cette formule nouvelle, dit-il, a d'abord le mérite du laconisme. Elle a en outre l'avantage plus grand de faire ressortir la pensée qui a constamment présidé à la rédaction de la disposition; elle exprime très-nettement que les dividendes, dont la distribution engage la responsabilité de celui qui y concourt, sont ceux qui ne représentent point de véritables bénéfices, ceux que le distributeur sait lui-même n'être que des bénéfices supposés. Au surplus, cette expression se trouvait dans le projet de loi de 1856, on la voit employée dans le rapport de la commission du Corps législatif, qui cependant a voulu qu'elle fût remplacée par une autre. Enfin les monuments de la jurisprudence s'en servent fréquemment, en appliquant la loi d'où elle a été retranchée. C'est là, s'il est permis de parler ainsi, un certificat d'exactitude et de clarté puisé dans l'expérience même des magistrats, qui a dû faire cesser toute hésitation » (Duvorgier, *Lois annotées*, 1867, p. 265).

encore conclu et exécuté (1), » en un mot qui ne dépend pas des incertitudes de l'avenir (2).

134. Après avoir indiqué la distribution même, faite par les administrateurs, l'article 44 parlant des mêmes personnes ajoute : *ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs*. Au premier abord, l'idée du législateur se comprend mal, car il est difficile de se figurer une distribution de dividendes effectuée par certains administrateurs qui seuls en seraient responsables. La décision du conseil d'administration lie tous ceux qui en font partie; il n'importe qu'on ait à leur reprocher une faute ou une négligence; le fait qui en est résulté est non pas le fait particulier de ceux qui ont proposé la mesure, mais le fait de tous ceux qui s'y sont associés.

Le sens qu'il faut attacher à cette dernière partie de l'article est celui-ci. La responsabilité résultant d'une distribution de dividendes fictifs exceptionnellement n'incombera pas à ceux qui s'y sont opposés.

135. Mais quelle est ici l'opposition qu'exige la loi? Ce n'est pas seulement l'opposition renfermée au sein des délibérations du conseil, dont on pourra retrouver plus tard la manifestation sur le registre des procès-verbaux, mais dont pour le moment a eu raison un vote de majorité des administrateurs favorables à la distribution; c'est l'opposition formelle parce qu'elle est raisonnée, celle d'un esprit qui ne s'incline même pas devant la majorité de ses collègues, parce qu'il sait qu'une majorité de quel-

(1) Sourdat, *Traité de la responsabilité*, t. II, p. 399.

(2) Paris, 16 avril 1870; Affaire de la Société immobilière, Sirey, 1871. 2. 169.

que nature qu'elle soit, ne peut autoriser une mesure que défend expressément la loi; c'est l'opposition poussée jusqu'à la démission des fonctions d'administrateurs ou à la publicité donnée au refus de s'associer à un acte ayant un caractère frauduleux et mensonger.

A cette condition, qui constitue une garantie pour que la distribution de dividendes fictifs n'ait pas lieu, mais à cette condition seule, le législateur pense que la responsabilité des opposants ne doit pas être en cause ⁽¹⁾.

Les magistrats cependant, même si cette opposition ne s'était produite que dans le conseil, devraient en tenir compte et modérer pour ce motif la responsabilité, qui incomberait à ces administrateurs. C'est d'ailleurs là comme partout ailleurs dans ce chapitre, l'application des principes du droit commun.

136. Sous la réserve cependant des appréciations des juges, ne peut-on pas déterminer le maximum que peut atteindre la responsabilité résultant de la distribution des dividendes fictifs? Nous le pensons.

On se rappelle que sous certaines conditions la loi de 1867 pour la commandite par actions (art. 10), permet la répétition des dividendes fictifs distribués; l'article 44 rend cette disposition applicable en matière de société anonyme. En supposant une distribution de dividendes fictifs et l'action en répétition exercée et reconnue fondée, il faudra appliquer aux administrateurs de la société anonyme la décision rendue par la jurisprudence dans une espèce semblable, mais dans le cas d'une société en commandite et contre les membres du conseil de surveillance.

(1) Mathieu et Bourguignat, *Comment. de la loi de 1867*, p. 217.

Un arrêt de la Cour de Lyon statue que la responsabilité des membres du conseil ne comprend pas seulement le montant des dividendes indûment distribués, qu'ils auraient touchés en leur qualité d'actionnaires, mais qu'elle s'étend à tous les recours, qui peuvent être exercés contre eux en leur qualité de conseillers de surveillance, soit à raison des fautes qu'ils ont commises, soit à raison de la garantie, dont ils sont tenus relativement à la restitution des dividendes fictifs envers les actionnaires ou à toute autre indemnité ou restitution dérivant de ladite qualité (1).

137. Pourquoi maintenant le législateur, qui de l'aveu de tous a entendu comprendre par ces mots : « fautes commises dans la gestion : » tous les actes blâmables des administrateurs, a-t-il mentionné expressément la distribution des dividendes fictifs?

Certes, en 1867 on avait compris au sein de la commission, qu'il était impossible de préciser tous les faits qui devaient être sanctionnés; une disposition générale paraissait donc commandée. Un amendement à la disposition émanée de la commission fut cependant proposé par MM. de Janzé et Brame. Repoussé par la commission, il fut défendu par le dernier de ses auteurs au sein du Corps législatif (2). Il était ainsi conçu : « Les administrateurs sont responsables conformément aux règles du droit commun indivisiblement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers.

» Les administrateurs sont personnellement responsables sur leurs biens, en cas de lésion des actionnaires ou

(1) Lyon, 11 juillet 1873, Dalloz, 1874. 2. 209.

(2) Séance du 5 juin 1867, *Moniteur* du 6, p. 694.

des tiers : 1° lorsqu'il y a eu violation des statuts; 2° lorsqu'il y a eu violation du cahier des charges; 3° lorsqu'il y a eu falsification des écritures ou des inventaires ou bien distribution de dividendes fictifs. »

Suivait une disposition d'un caractère pénal.

M. Brame ne dissimulait pas qu'il se défiait de l'application, qui pourrait être faite en cette matière des principes du droit commun; il tenait donc à préciser certains faits à l'exclusion d'autres.

138. Les raisons, pour lesquelles la commission avait refusé de l'adopter, sont importantes à connaître et à retenir. « La commission n'a pas aperçu, dit M. Mathieu, dans le premier rapport supplémentaire, ce qu'ajoutait la nomenclature des fautes, qui, selon les auteurs de l'amendement, engageraient la responsabilité des administrateurs. Seraient-ils *exclusivement* responsables de ces fautes? On pourrait le soutenir et c'est le sort de toute énumération en semblable matière. La commission persiste à croire que la rédaction de l'article 44 protège plus efficacement les intérêts qu'il a en vue, car il déclare les administrateurs responsables soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer des dividendes fictifs, ce qui embrasse sous le nom de fautes tous les actes ayant ce caractère (1). »

L'amendement fut repoussé par la Chambre comme il l'avait été par la commission, mais ce qu'il est important de retenir et de faire ressortir, c'est le motif de ce rejet,

(1) 1^{er} Rapp. supplémentaire, Mathieu et Bourguignat, p. 429, rapporté par Dalloz, 1867. 4, p. 115.

car il donne la véritable signification de l'article 44. On voulait une disposition générale, comprenant toutes les fautes ou fraudes et l'on craignait de voir se produire dans l'avenir les discussions et les prétentions, auxquelles aurait pu donner lieu une énumération quelconque.

Quel enseignement d'ailleurs sur ce point donnait le passé aux législateurs de 1867 ! quels débats n'avait pas provoqués et ne provoquait pas, au moment même où l'article 44 était en discussion, le texte des articles 7 et 10 de la loi de juillet 1856, relatifs à la responsabilité des conseils de surveillance de la commandite par actions. Deux expressions du dernier permettaient de soutenir que le droit commun n'était pas applicable depuis la loi de 1856 aux membres du conseil de surveillance, et que ceux-ci jouissaient d'une situation exceptionnellement privilégiée (1).

139. On laissa subsister cependant dans l'article 44 la disposition *in fine*, due à la commission mais sans autre intention que « de donner spécialement un avertissement aux administrateurs et d'appeler sur ce point toute leur attention (2). »

140. Violation des statuts sociaux. — Avant 1867, alors que la société anonyme était soumise au régime de l'autorisation, les statuts sociaux étaient un des éléments, sur lequel se basait le Conseil d'État pour permettre ou refuser la création des sociétés. Dès lors le respect le plus strict de ces statuts était pour les administrateurs une

(1) Metz, 14 août 1867, Dalloz, 1867. 2. 178, avec jugement du tribunal de commerce de Metz du 20 février 1867, et les conclusions mémorables de M. le premier avocat général Godelle.

(2) Mathieu, *Rapport de la loi de 1867* ; Carette, *Lois annotées*, 1867, p. 225, 1 c. sur art. 44.

condition essentielle, dont l'inobservation mettait en question l'existence de la société, en provoquant le retrait de l'autorisation.

Des statuts dépendaient donc en quelque sorte la sécurité, non pas seulement des actionnaires, mais aussi des tiers, et c'est ainsi que jugeait le Tribunal de la Seine en 1866 : « Les statuts d'une société anonyme ont à la fois pour objet l'intérêt public et l'intérêt des actionnaires et des tiers appelés à contracter avec elle ; leur observation est la condition rigoureuse de l'existence exceptionnelle que la loi leur accorde ⁽¹⁾. »

141. Sous l'empire de la loi de 1867, les statuts ont bien perdu le caractère essentiel, qu'ils avaient antérieurement au point de vue de l'autorisation, mais à l'égard des associés et des tiers, ils ont conservé la même importance et leur inobservation peut entraîner la même sanction : « Ce sont eux, en effet, qui fixent la nature, l'étendue, les limites aussi des pouvoirs dont les administrateurs sont investis pour la gestion des affaires sociales ⁽²⁾. » Si les principes généraux sur le mandat sont les règles ordinaires des pouvoirs conférés aux administrateurs dans chaque société, les statuts en sont les règles particulières et comme exceptionnelles. Les enfreindre, c'est à l'égard des actionnaires dépasser le mandat donné et accepté, à l'égard des tiers changer les conditions d'un contrat, puisqu'on doit supposer que l'examen des statuts a dû précéder chez ces derniers le consentement qu'ils ont donné à la convention intervenue entre eux et la société. Tel est le principe.

(1) Paris, 30 juillet 1867 ; arrêt confirmatif, Dalloz, 1867. 2. 238.

(2) Mathieu et Bourguignat, p. 215.

142. Reste à savoir, si toutes les dispositions statutaires doivent être mises sur le même rang, si l'observation en est commandée au même degré à l'assemblée générale, si enfin la minorité ne peut pas se trouver engagée, alors même que l'assemblée des actionnaires porte atteinte à l'une d'elles.

La jurisprudence admet une distinction entre les dispositions des statuts, qui forment les caractères particuliers et essentiels de la société et celles, au contraire, qui peuvent être considérées comme moins importantes et dont le maintien n'a pas été pour les associés une condition *sine quâ non* de leur adhésion à l'œuvre sociale. A l'égard des premières elle reconnaît le droit de la minorité et décide qu'un vote de l'assemblée générale ne peut porter atteinte au pacte social; à l'égard des secondes, au contraire, elle consacre le pouvoir souverain des délibérations et des décisions à l'assemblée ⁽¹⁾.

143. Ces principes doivent être appliqués dans le cas où une assemblée générale statue sur un acte des administrateurs commis en violation des statuts. Une transaction ou une ratification dans cette hypothèse ne peut avoir de valeur que si elle porte sur une disposition regardée comme non fondamentale ⁽²⁾.

(1) Cassation, 19 mai 1857, Dalloz, 1857. 1. 397; Cassation, 29 mars 1864, Dalloz, 1865. 1. 59; Cassation, 13 mars 1878, Dalloz, 1878. 1. 315; Paris, 30 juillet 1867, Dalloz, 1867. 2. 239.

(2) En fait il a été décidé par la Cour de Cassation « que si en principe les assemblées même générales et extraordinaires ne peuvent imposer aux actionnaires l'obligation de se soumettre à des dispositions qui, en modifiant les conditions fondamentales d'une société, en changeant l'essence et créent en quelque sorte une société nouvelle, on ne saurait reconnaître un semblable caractère à une délibération qui, en présence des fautes reprochées aux administrateurs et com-

Dans ces limites la responsabilité des administrateurs est couverte et la violation par eux commise des statuts ne peut être invoquée comme le motif d'une action exercée contre eux.

144. Actes du directeur de la société.

Indépendamment des distributions de dividendes fictifs, de la confection d'inventaires inexacts et exagérés, de la violation des statuts, les administrateurs peuvent être rendus responsables de toute faute ou négligence dans l'exercice de leurs fonctions. Tel est le principe; les juges l'appliqueront en appréciant souverainement les faits, avons-nous dit plus haut.

Il est cependant une situation particulière, qui a donné lieu à certaines difficultés, provoqué de nombreuses et intéressantes décisions de jurisprudence, et qui, pour ces diverses raisons doit, pensons-nous, être étudiée spécialement.

C'est celle où à côté du conseil d'administration se rencontre un directeur de la société.

Le directeur, disons-le de suite, peut être nommé par les membres du conseil d'administration ou par les actionnaires.

145. PREMIÈRE HYPOTHÈSE. — *Le directeur est nommé par les membres du conseil d'administration.* — L'ar-

mises par eux dans l'exercice de leur mandat et d'actions en responsabilité encourues par ces administrateurs en raison de ces fautes, avait pour but de mettre fin à des contestations nées ou imminentes entre eux et la société, d'assurer à celle-ci, sinon la totalité, au moins une partie notable de la réparation qui lui était due; qu'une pareille délibération était donc opposable à toute demande des actionnaires, ayant la même cause et le même objet que celles que la transaction avait eu pour but d'éteindre. (Cass. 24 juin 1881, Dalloz, 1881. 1. 465. Affaire du Crédit mobilier.)

ticle 22 de la loi de 1867, dérogeant en cela à la disposition générale de l'article 31 du Code de commerce, exige que les administrateurs de la société anonyme soient pris parmi les associés, mais dans son second paragraphe cet article permet à ces mandataires sociaux de choisir un directeur de la société soit parmi eux, soit, si les statuts le permettent, en dehors d'eux et des autres associés; cela sous la garantie de leur propre responsabilité envers la société, au sujet des actes de ce mandataire qu'ils se sont substitué. C'est ce qu'indiquent les derniers termes de l'article « et dont ils sont responsables envers elle. »

146. Même avec cette réserve, cet article, et particulièrement le deuxième paragraphe, avait été l'objet de vives critiques au sein du Corps législatif. L'on ne pouvait comprendre que des personnes, à qui les associés avaient confié le soin de diriger les affaires de la société, abdiquassent leurs fonctions et conférassent l'exercice du mandat donné et accepté à un individu étranger à la société et peut-être même inconnu d'elle⁽¹⁾. A ces critiques, qui ne tendaient à rien moins qu'à faire une exception nouvelle aux principes généraux, le garde-des-sceaux répondit que : « Cette disposition n'apportait aucune innovation, ni au droit, ni à l'état actuel, ni à la pratique des sociétés, non plus qu'au droit commun en matière de mandat. » Et l'article 22 fut voté.

147. Par conséquent, pour rentrer dans la matière de la responsabilité, que les administrateurs exercent par

(1) Résumé des observations de MM. de Saint-Paul, Delebecque, de Bussière, Pouyer-Quertier et Chevandier de Valdrôme au cours de la discussion; Carette, *Lois annotées*, 1867, p. 219 et 220.

eux-mêmes les fonctions qu'ils ont acceptées ou que profitant de la disposition finale de l'article 22, ils se substituent un mandataire, leur responsabilité doit rester la même en principe; ils répondent des fautes de ce mandataire comme des leurs propres. Nous avons dit « en principe; » c'est, en effet, ce qu'il faut conclure des observations présentées à ce sujet par le rapporteur de la commission, M. Mathieu, et par M. Cornudet, en réponse à l'interprétation donnée à notre article par M. Josseau (1).

(1) « Veut-on dire par les derniers mots de l'article 22, objectait M. Josseau, que les membres d'un conseil d'administration, par cela seul qu'ils auront choisi un mandataire qui, dans la suite de sa gestion, en dehors d'eux et alors qu'il leur est impossible de surveiller à tout instant sa gestion, auront commis des fautes préjudiciables à la société, que les membres du conseil, qui l'auraient chargé de certains pouvoirs, seront responsables de ces fautes par lui commises, à eux étrangères et qu'ils en supporteront toutes les conséquences, alors qu'ils ne se seront écartés en rien des règles ordinaires de la prudence; c'est, je le répète, créer une responsabilité excessive, injuste.

» Si la commission entend créer dans l'article 22 une pareille responsabilité, je demande la suppression des sept derniers mots de cet article. Si au contraire elle applique les dernières expressions du 2^e alinéa dans le sens d'une responsabilité identique à celle exprimée dans l'article 44, à l'occasion des commissaires, si en un mot elle entend que les membres des conseils d'administration ne sont, comme ses commissaires eux-mêmes, responsables que dans les cas généraux déterminés par les règles ordinaires du mandat, mon observation tombera naturellement, mais elle aura du moins le mérite de faire disparaître de la loi une fâcheuse équivoque et en cela elle n'aura pas été inutile. »

Le rapporteur de la commission répondit : « Quelles devraient être les conséquences de cette faculté de substituer? Le bon sens et les principes du droit commun l'indiquent assez. Qu'est-ce que les administrateurs? Des mandataires; c'est incontestable. Ce mandat, ils l'ont accepté; pourquoi? Probablement, parce que certains avantages

148. On ne saurait donc, après la loi de 1867 et plus particulièrement après la discussion rapportée en note, décider, comme l'a fait la Cour de Paris en 1867 en appliquant la législation antérieure à 1856, que « les administrateurs ne sont pas responsables des fautes commises par

y étaient attachés, car personne ne les a contraints à se revêtir de cette qualité. Nous les plaçons en face d'une faculté; ils peuvent au lieu de remplir d'une façon intégrale les obligations inhérentes à leur qualité, s'en décharger sur un mandataire étranger. N'était-il pas juste qu'ils fussent responsables de ce mandataire? Le droit commun le voulait. »

Cette réponse du rapporteur eût peut suffire. Cependant afin de mieux préciser l'étendue de la responsabilité qu'il entend voir peser sur les administrateurs dans notre hypothèse, il ajoute et cette considération est importante entre toutes.

« Mais si nous l'avions pris pour règle (le droit commun), si nous nous étions reportés exclusivement aux dispositions de l'article 1994 du Code civil et non de l'article 1382, qui a été cité par l'honorable M. Josseau, voici ce qui serait arrivé : les administrateurs placés en face de la responsabilité des actes du mandataire substitué diraient : « Le pouvoir de substituer était dans les statuts, nous en avons usé. La personne que nous avons choisie, n'était pas et ne pouvait pas être désignée dans les pouvoirs que nous tenions de l'acte de société. C'est vrai, mais nous ne sommes responsables *qu'autant que nous avons choisi un individu notoirement insolvable* : c'est-à-dire que c'eût été l'irresponsabilité absolue. Les administrateurs n'auraient pas été responsables, parce qu'ils n'auraient pas agi personnellement et ils ne l'auraient pas été de celui qui, choisi par eux librement aurait agi à leur place, en vertu d'une délégation qu'ils pouvaient faire, mais dont ils pouvait s'abstenir.

» La morale et la justice comportaient-elles que des hommes eussent le titre d'administrateurs d'une société, qu'ils en eussent les bénéfices matériels et honorifiques et qu'après s'être déchargés de la partie la plus considérable des devoirs, qui leur incombent sur un mandataire, ils puissent dire si ce mandataire est en faute : « Nous n'en répondons pas? Adressez-vous non aux mandataires directs de la société mais à l'homme qu'ils se sont substitués.

» La commission ne croit pas possible d'adopter l'interprétation de l'honorable M. Josseau et elle maintient l'article tout entier. »

le directeur qu'ils ont nommé, dans le cas où il est justifié que ce directeur a agi contrairement aux instructions expresses du conseil d'administration (1).

Une semblable solution irait à l'encontre des déclarations du rapporteur de la commission de 1867. Aujourd'hui donc, dans une espèce semblable à celle qu'avait à trancher la Cour de Paris, la responsabilité devrait être prononcée contre les administrateurs, qui naturellement conserveraient le droit d'intenter contre leur directeur une action récursoire en vertu des règles du mandat.

149. DEUXIÈME HYPOTHÈSE. — *Le directeur est nommé par les actionnaires.* L'article 25 prescrit à la première assemblée générale la nomination d'administrateurs. Mandataires de la société, avons-nous dit, ceux-ci doivent gérer les affaires sociales. Comment comprendre avec la nature et l'étendue des fonctions conférées aux administrateurs la présence à côté d'eux d'un directeur de la société?

Lorsque les administrateurs, conformément à l'article 22, ont usé du droit de choisir un directeur, qui est leur mandataire soit parmi eux, soit en dehors de la société, sous la réserve que les statuts le permettent, rien de plus simple. Dans l'un et l'autre cas les droits des actionnaires qui ont conféré le premier mandat sont respectés : dans le premier, celui où le directeur est l'un des administrateurs nommés, la loi interprète la volonté des actionnaires mandants et elle suppose que le mandat donné à plusieurs, peut sous la responsabilité de ceux qui l'ont accepté, être rempli par l'un d'eux ; dans le second, où le directeur est étranger, en subordonnant la possibilité de ce choix à l'autorisation

(1) Paris, 30 juillet 1867, Dalloz, 1867. 2. 239 et la note.

donnée par les statuts, la loi respecte encore la volonté des associés. Ce sont eux toujours, dont elle s'est préoccupée. Mais il semble que ces associés ne peuvent sans contradiction conférer le mandat entier d'administrer la société à certaines personnes et charger plus spécialement une autre de la partie active et technique de la gestion?

150. C'est dans un autre cercle d'idées, qu'il faut chercher l'explication de cette nomination d'un directeur par l'assemblée générale. En principe, les administrateurs restent toujours responsables du mandat qu'ils ont accepté, seulement, au lieu de leur laisser comme dans les espèces prévues par l'article 22, la nomination du directeur social, l'assemblée générale a pris soin de le désigner elle-même.

Leur responsabilité reste donc la même, puisqu'ils ont accepté ce directeur nommé par l'assemblée comme leur mandataire. Cette désignation, en effet, s'est faite nécessairement d'accord avec les administrateurs; car, comme le dit fort exactement M. Mathieu, « Qui ne voit l'impossibilité de leur imposer, malgré eux et sans leur concours un tiers, qui remplira une partie des fonctions, que la loi leur attribue et dont moralement du moins, ils porteront la responsabilité (1)? »

151. La Cour de Colmar ayant à apprécier le rôle et la responsabilité d'administrateurs d'une société anonyme, auxquels étaient adjoint un directeur, a très-justement déclaré : qu'on ne pouvait les assimiler aux conseillers de surveillance de la société en commandite. La mission des derniers est d'inspecter, de surveiller

(1) Mathieu et Bourguignat, p. 150, n° 176.

comme leur titre l'indique la gestion sociale, les seconds au contraire, sont chargés de cette gestion même.

« Loin d'être, comme les conseils de surveillance des sociétés en commandite, exclus de la gestion, disait l'arrêt de la Cour de Colmar, les administrateurs ne doivent pas craindre de faire acte de gestion, puisque la gestion est une des conditions de leur mandat. » Et plus loin fixant les caractères particuliers du mandat donné aux administrateurs, la Cour invoquait les statuts mêmes, qui déclaraient le conseil « investi pour la gestion des affaires sociales des pouvoirs les plus étendus, » tandis que « le directeur ne gérât les intérêts de la société que *sous l'autorité du conseil* (1). »

152. Cependant le principe de droit que nous avons posé ne doit pas être appliqué ici avec la même rigueur que dans l'espèce précédente. *En fait*, il n'est pas absolument vrai de dire que le directeur nommé par l'assemblée générale est le mandataire des administrateurs, et la preuve, c'est que dans un grand nombre de sociétés le directeur ne peut être purement et simplement destitué et révoqué de ses fonctions par le conseil d'administration, ce qui évidemment serait possible s'il était véritablement leur mandataire. Puisque ce sont les actionnaires, qui désignent ce directeur, eux seuls peuvent lui retirer un mandat que d'accord avec les administrateurs ils lui confèrent (2).

153. Cette situation, qui dans son principe et dans la volonté du législateur paraît simple, est donc infiniment compliquée dans le domaine des faits. Le plus souvent,

(1) Colmar, 3 juillet 1867, Dalloz, 1867. 2. 235.

(2) Agen, 7 janvier 1879, Dalloz, 1879. 2. 247.

la présence d'un directeur nommé par l'assemblée générale sera jugée par les magistrats, souverains appréciateurs, un motif suffisant pour modérer la responsabilité des administrateurs et quelquefois même pour se refuser à la prononcer ⁽¹⁾.

M. Mathieu a dû avoir en vue une semblable décision, lorsqu'il dit : « Rien ne s'oppose à ce que, d'accord

(1) C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Cour de Paris dans un arrêt, confirmé par la Cour de cassation, comme ne violant aucun point de droit : « Considérant, disait la Cour, que la société d'Essonne, organisée en société anonyme par ordonnance royale du 4 août 1839, avait à sa tête un conseil d'administration et un directeur-gérant; que le directeur-gérant était nommé par l'assemblée générale et ne pouvait être révoqué que par elle; que toute la gestion lui était dévolue sous l'autorité et la surveillance du conseil d'administration; que ce conseil avait à se réunir au moins une fois par mois, que lors de sa réunion le directeur-gérant devait lui rendre compte des opérations faites et lui en remettre un état détaillé contenant l'aperçu de la situation financière de la société; — considérant que cette organisation de la société, tout en laissant dans les mains du conseil d'administration l'autorité supérieure et la direction d'ensemble des affaires sociales, *constituait cependant un pouvoir particulier de gestion*, qui était une délégation directe de l'assemblée; que toute la gestion ainsi attribuée par les statuts à un directeur-gérant du choix des actionnaires devait rendre plus difficile au conseil d'administration la connaissance de la suite des opérations et l'exercice utile de sa surveillance et de son autorité, qu'il y avait là *une certaine restriction à son pouvoir de libre administration*, et que cette circonstance doit être équitablement prise en considération pour déterminer la mesure de la responsabilité; qu'en pareil cas la responsabilité des membres du conseil ne saurait être engagée par des actes du directeur-gérant, qui n'est pas leur préposé, actes qu'avec les soins ordinaires d'une bonne administration ils n'auraient pu connaître ni empêcher. » Cet arrêt à la vérité est rendu dans une espèce antérieure à la loi que nous interprétons; mais il applique avec tant de soin et de justesse les principes du droit commun également en vigueur dans le cas de l'article 44, que nous avons tenu à le citer (Paris, 30 avril 1869, Cassation, 11 juillet 1870; Sirey, 1870. 1. 365).

avec les mandataires de la société, l'assemblée générale nomme le directeur ou mandataire substitué. Ce dernier trouvera dans ce concours une force et *les mandataires un moyen d'affaiblir en fait, sinon de dégager en droit leur responsabilité* (1). » Autant dans la précédente hypothèse (celle du directeur nommé par les administrateurs), nous n'avons pas cru possible, depuis la loi de 1867, la décision de la Cour de Paris du 30 juillet 1867, autant, lorsque le directeur est désigné par les actionnaires et sous la réserve d'ailleurs de tous faits particuliers engageant les administrateurs, admettrions-nous qu'aucune responsabilité ne leur incombe, s'il est prouvé que le directeur a agi contre leurs instructions formelles.

SECTION III.

Des personnes envers lesquelles existe la responsabilité.

154. L'article 44 porte : « envers la société et envers les tiers. »

Ici encore s'impose la même distinction que celle que nous avons faite, en étudiant la responsabilité provenant de la nullité prononcée ; moins tranchée à la vérité, moins controversée surtout, mais avec ses caractères particuliers. « L'action, bien qu'elle appartienne à la fois à la société et aux tiers, a son principe dans des règles différentes, suivant qu'elle est exercée par les tiers ou par la société (2). »

(1) Mathieu et Bourguignat, *Comm. de la loi de 1867*, p. 450, n° 176 *in fine*.

(2) P. Pont, *Des soc. commerciales*, t. II, p. 636, n° 1704.

§ 1^{er}. *Envers la société.*

Envers la société la responsabilité des membres du conseil d'administration a son principe, nous venons de le voir, dans l'article 1992 et dans le cas particulier prévu dans le deuxième alinéa de l'article 22, ces administrateurs ne peuvent invoquer le bénéfice exceptionnel de l'article 1994 ⁽¹⁾ et répondent de leur mandataire substitué comme d'eux-mêmes.

Vis-à-vis des tiers leur responsabilité a son origine dans l'article 1382. A la société appartient donc l'action *mandati*, aux tiers celle née *ex delicto* ou *quasi ex delicto*.

155. Comme toute personne, la société est maîtresse d'exercer ou de ne pas exercer son action contre ses mandataires; elle peut y renoncer, de même qu'à son occasion elle peut transiger. Le mandat, qui a été accepté par les administrateurs et qui sert de fondement à l'action de la société, des associés considérés *ut universi*, a été collectif, il faut donc que la décision des actionnaires à l'égard de l'action qui leur appartient, soit aussi collective; en fait, sauf la réserve faite plus haut à l'égard du cas particulier de violation de statuts, un vote de l'assemblée générale aura tout l'effet du consentement unanime des associés, la minorité restera liée par la volonté de la majorité ainsi manifestée. « C'est la conséquence du principe constitutionnel des sociétés, comme de tous les êtres moraux, disait dans l'affaire du Crédit mobilier M.

(1) Voir réponse de M. Mathieu à M. Josseau, citée plus haut, p. 120, note 1.

le premier avocat-général Dupré-Lasalle, que la volonté de la majorité s'impose à la minorité. Si donc la majorité domine dans toutes les affaires sociales, comment ne dominerait-elle pas dans celle qui les termine toutes dans l'apurement et le règlement des comptes (1). »

156. Ainsi pour prendre l'hypothèse de ratification donnée, voit-on les assemblées générales, tantôt ratifier un emprunt contracté par les administrateurs sans son intervention, tantôt approuver des traités passés par eux avec des tiers, traités dont l'utilité et l'intérêt n'apparaissaient pas et qui pouvaient au contraire à bon droit être critiqués.

Notamment le Tribunal de commerce de la Seine dans un jugement, en date du 26 avril 1878, a repoussé la demande d'actionnaire en responsabilité contre les administrateurs du Crédit foncier. « Attendu que ce traité (celui qui servait de fondement à la prétention des associés) a été approuvé le 30 novembre 1876 par l'assemblée générale des actionnaires du Crédit foncier, après avoir reçu le 29 du même mois l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires du Crédit agricole.

.....

» Qu'en ratifiant ce contrat l'assemblée générale a nécessairement accepté la condition implicite, sans laquelle les défendeurs ne se seraient pas personnellement engagés; qu'elle a ainsi éteint par voie transactionnelle l'action sociale, dont elle était maîtresse et que les demandeurs ne peuvent plus relever cette action, après qu'elle l'a souverainement appréciée dans l'intérêt commun (2). »

(1) Paris, 1870, Dalloz, 1870. 21, 22 et 123 en note.

(2) Tribunal de commerce de la Seine, 26 avril 1878; Aff. des gouverneurs et sous-gouverneurs du Crédit foncier,

Donc au point de vue de notre responsabilité, un vote de l'assemblée générale engage tous les actionnaires et les membres de la minorité doivent être repoussés dans leur protestation contre une semblable décision.

§ 2. *Envers les tiers.*

157. En dehors de cette action sociale, dont l'exercice appartient à la collectivité des associés, l'action des tiers se présente contre les administrateurs sous un double aspect : ou l'action sociale est restée entière et la société, à qui elle appartient, n'y a pas renoncé, alors les tiers peuvent invoquer l'article 1166 et exercer les droits et actions de la société, leur débitrice ; ou les administrateurs soit dans la gestion des affaires sociales, soit de toute autre manière, leur ont causé quelque préjudice et alors, en vertu de l'article 1382, ils peuvent intenter contre eux l'action *ex delicto* ou *quasi ex delicto*.

Quant à l'exercice par les tiers de l'action même de la société contre les administrateurs, il est soumis naturellement aux principes du Code civil sur l'article 1166, notamment « les tiers ne sont autorisés à agir qu'autant que leur débiteur néglige ou refuse de le faire lui-même » et ils ne peuvent exercer les droits et actions auxquels ce dernier a renoncé, « qu'après avoir fait annuler la renonciation comme ayant eu lieu au préjudice ou en fraude de ses droits ⁽¹⁾. »

158. C'est donc seulement en vertu de l'article 1166 qu'ils peuvent intenter au nom et à la place de la société l'action *mandati* ; en dehors de cet article nous ne voyons

(1) Aubry et Rau, § 312, *De l'exercice des droits et actions du débiteur*, t. IV, p. 118.

pas qu'il leur soit possible d'en intenter une de leur chef.

La Cour de Colmar cependant l'a décidé dans son arrêt du 3 juillet 1867 déjà cité; elle reconnaît aux tiers une action de mandat, propre à eux, en dehors de celle des associés. « Attendu, dit-elle, que l'organisation des sociétés anonymes, obligatoire aux termes des articles 31 et 32 du Code de commerce, régie par des statuts sanctionnés par l'autorité publique, a pour but non pas seulement les intérêts des associés mais aussi et plus particulièrement l'intérêt public et la protection des tiers; que les appelants n'étaient donc pas des mandataires dans les conditions ordinaires du mandat, n'ayant à s'occuper ou se préoccuper que des intérêts des actionnaires qui les ont nommés, n'ayant à répondre qu'à eux seuls de l'exécution du mandat, mais qu'en acceptant les fonctions de membres du conseil d'administration d'une société anonyme, ils assuraient l'obligation de gérer et de surveiller *dans l'intérêt des tiers comme dans celui de la société* et que dès lors ils ne sauraient se prévaloir de la prétendue approbation implicite de leur gestion par les actionnaires, leurs mandants (1). »

159. A la vérité la société, au sujet de laquelle intervenait cet arrêt, n'était soumise à l'application ni des dispositions de la loi de 1863, ni de celles de la loi de 1867; sa constitution remontait à 1854 et elle avait été autorisée comme société anonyme par le Conseil d'État, mais comme la Cour n'invoque comme raison de son étrange théorie que le but poursuivi par le législateur dans l'organisation des sociétés anonymes, comme ce but n'a pas changé, si l'organisation a varié depuis 1863

(1) Colmar, 3 juillet 1867, Dalloz, 1867. 2. 238.

et 1867, il serait possible aux partisans de cette doctrine, en se réclamant du même principe, de la soutenir encore et d'en demander la consécration, même sous la loi de 1867 que nous interprétons.

160. Où donc la Cour de Colmar a-t-elle vu que les administrateurs avaient accepté un mandat des tiers, en recevant celui que leur conféraient les associés ? Sans doute le législateur a eu en vue, en soumettant la création des sociétés anonymes, soit à l'autorisation, soit à une série de prescriptions et de garanties, que nous avons étudiées, de protéger et l'intérêt des actionnaires trop souvent dupés et le crédit public ; mais les précautions prises pour assurer la constitution même de la société et son fonctionnement suffisent pour protéger les tiers, sans qu'il soit nécessaire pour cela de considérer à leur égard les administrateurs comme des mandataires légaux. Nulle part, avant 1867, nous ne voyons la société anonyme une fois autorisée, les administrateurs recevoir un mandat des tiers ; et l'article 44 de notre loi, d'ailleurs, ne les soumet à cet égard qu'aux principes du droit commun ⁽¹⁾.

161. Mais qu'on le remarque, soutenir que les administrateurs n'ont pas reçu un mandat des tiers, ne signifie pas qu'à leur égard ils n'aient aucun devoir à remplir. Ils ont, au contraire, pour nous servir de termes même employés par la jurisprudence dans un arrêt cité plus

(1) La Cour de cassation a confirmé cet arrêt mais s'est bien gardée de reproduire l'allégation de la Cour de Colmar : à savoir que les administrateurs doivent être regardés comme ayant reçu un double mandat, des associés et des tiers. Cassation, 13 janvier 1869, Sirey, 1869. I. 209. V. particulièrement la très-intéressante discussion du pourvoi sur le 2^e moyen, 2^e et 3^e c.

loin, « tous ceux qui sont imposés par la conscience ou par la loi, » et dont l'infraction est sanctionnée par l'article 1382. Cette sanction est moins rigoureuse que celle édictée pour infraction aux règles du mandat.

Tenons-nous-en donc à ce que dit M. Paul Pont, lorsqu'après avoir expliqué que le fondement de l'action sociale est le mandat donné, ajoute « la responsabilité envers les tiers ne procède pas du même principe.

» Mandataires de la collectivité des associés, les administrateurs ne sont nullement les mandataires du tiers. Ce n'est pas dès lors en vertu des règles du mandat que ces derniers, si par le fait ou la faute des administrateurs ils ont souffert un préjudice, en pourront demander la réparation ⁽¹⁾. »

162. Reste aux tiers l'action fondée sur l'article 1382. Le principal des faits, pour lequel par application de cet article les administrateurs seront rendus responsables envers les tiers, est celui qui consiste dans la publication de rapports mensongers, ayant eu pour résultat de déterminer les tiers à acheter les actions de la société.

163. Dans une espèce intéressante, qui faisait ressortir la différence existant entre l'action de la société et l'action des tiers, la Cour de Paris a eu à appliquer les principes qui viennent d'être posés.

L'affaire offrait ceci de remarquable, que « les faits dommageables portaient atteinte en même temps et aux droits sociaux, dont la garde avait été confiée aux administrateurs par la convention d'où était né leur mandat, et à des intérêts individuels, qu'aucune convention ne

(1) P. Pont, *Des soc. commerciales*, t. II, p. 637, n° 1709.

livrait à leur vigilance et à leur bonne gestion. » Dans les mêmes personnes se trouvaient alors réunies et la qualité avec les droits d'associés, et la qualité avec les droits de tiers; dans les mêmes personnes se rencontraient les actions, que jusqu'ici nous avons séparées, celle née du mandat, celle née d'un délit ou d'un quasi-délit.

Dans l'arrêt rendu, les magistrats d'appel ont fixé d'une façon très-précise la nature des droits appartenant aux actionnaires, à l'assemblée générale et aux tiers (1).

(1) Voici au sujet de quels faits intervenait la décision de la Cour.

Dans l'administration de la Compagnie Immobilière avaient été commises par les administrateurs des fautes ou des fraudes de nature à engager leur responsabilité envers les actionnaires.

Moyennant le paiement d'une somme de 36 millions, la société avait renoncé à son action en responsabilité. Cette décision avait été prise par la majorité de l'assemblée générale. En outre, les fautes ou les fraudes des administrateurs avaient provoqué de la part de tiers l'achat d'actions de la société, qu'ils jugeaient prospère.

Les membres de la minorité de l'assemblée générale persistaient à intenter contre les administrateurs l'action à laquelle avait renoncé la société, et de plus une demande en dommages et intérêts, en raison du préjudice à eux causé par l'achat des titres de la société, achat auquel ils avaient été décidés par les inventaires inexacts et les publications mensongères, œuvres des administrateurs.

La Cour commença par distinguer les deux qualités, en vertu desquelles les demandeurs agissaient : « Considérant que les demandeurs, actionnaires de la Compagnie Immobilière, ont intenté une action en responsabilité contre Pereire et consorts, membres de l'ancien conseil d'administration de la société; — qu'ils sont à diviser en deux catégories, suivant que, comme associés, ils imputent aux administrateurs des fautes d'exécution de mandat ou qu'ils agissent comme tiers, ayant été induits par la faute de Pereire et consorts à devenir actionnaires. »

Puis elle appliqua les principes.

Sur le premier point, elle repoussa la prétention. — « Considérant à l'égard de la première catégorie des demandeurs, que l'action exer-

164. Quant à la fixation des dommages et intérêts, elle peut être déterminée de deux manières par les tribunaux, qui restent souverains dans l'appréciation des faits à cet égard.

S'il est prouvé que les actionnaires n'ont été déterminés par la publication des bilans ou inventaires inexacts et frauduleux, qu'à acheter les titres plus cher qu'ils

» cée par eux est l'action *mandati* ou de mandat; qu'ils reprochent à
» Pereire et consorts, anciens administrateurs de la Compagnie Im-
» mobilière des fautes ou fraudes, que ceux-ci auraient commises
» dans l'administration de la Société et qui devraient donner lieu à
» une juste réparation envers tous les actionnaires; que ce serait là,
» aux termes des articles 1991 et 1992 du C. civil, la responsabilité
» dérivant du mandat par lequel Pereire et consorts ont été préposés
» à la gestion de la société; — Considérant en droit que le mandat
» donné par une société anonyme à ses administrateurs est un man-
» dat social dont les suites sont à régler avec la collectivité des so-
» ciétaires ou la société dont il émane, et qui ne peut, dès lors,
» engendrer contre les administrateurs qu'une action sociale; — Que
» la société, délibérant en conformité de ses statuts, est maîtresse
» de cette action sociale, ou pour l'exercer ou pour transiger et don-
» ner, dans la libre et souveraine appréciation qu'elle fait de ses inté-
» rêts, pleine décharge aux administrateurs, ses mandataires; — Que,
» si chaque sociétaire peut avoir dans la mesure de son intérêt privé
» l'exercice individuel de cette action, ce ne peut être que quand, par
» une inertie dont le sociétaire ne saurait souffrir, la société omet ou
» refuse d'user à cet égard de son droit et quand l'action sociale est
» restée entière; — Considérant que dans la cause il est intervenu
» entre le comte de Germiny, président de la Compagnie Immobilière,
» et les anciens administrateurs Pereire et consorts, un traité à la
» date du 23 décembre 1868, qui a été ratifié par l'assemblée générale
» du 30 janvier 1869 et qui lie aujourd'hui tous les actionnaires; —
» Que, par ce traité conclu après les débats qui s'étaient élevés sur
» la gestion de Pereire et consorts, anciens administrateurs, la société
» a renoncé, moyennant une subvention de 36 millions consentie par
» ceux-ci, à exercer contre eux pour quelque cause que ce soit, tout
» recours et toute action ayant un caractère social; — Que ce contrat,
» qui renferme pour Pereire et consorts, anciens administrateurs, une

ne l'auraient fait, les dommages et intérêts ne pourront s'élever qu'au montant de la différence entre le prix d'achat, prix exagéré, et la valeur réelle des titres : nous supposons ici que, même sans les publications en question, les tiers seraient devenus actionnaires.

165. Si, au contraire, il ressort qu'ils ont acheté les titres, entraînés par les déclarations mensongères

» entière décharge des responsabilités de leur mandat, a été validé
» par l'assemblée générale usant de ses pouvoirs, suivant l'article 40
» des statuts, qui l'investit du droit de régler tous les comptes et de
» prononcer souverainement sur tous les intérêts de la compagnie;
» — Que les expressions du traité embrassent dans le passé, sans
» exception, tous les actes de Pereire et consorts, administrateurs,
» se référant à la Société; — Que, dès lors, l'action sociale n'exis-
» tant plus, c'est avec raison que Pereire et consorts se sont prévalus
» d'une fin de non-recévoir contre la prétention de la première caté-
» gorie des demandeurs de la mettre en mouvement; — Considérant
» que vainement il est objecté par les demandeurs que leur action
» était introduite, quand a eu lieu le traité du 23 décembre 1868 ap-
» prouvé ensuite par l'assemblée générale; — Qu'en effet, il n'a pas
» pu dépendre d'actionnaires isolés de dépouiller la collectivité sociale
» ou la société de son droit, en prenant sur elle les devants par une
» demande introduite en justice contre les anciens administrateurs;
» — Que l'action sociale n'en résidait pas moins dans la main de la
» Société, avec le droit de faire tous pactes pour l'éteindre; que les
» demandeurs ne pouvaient de ce chef pratiquer ou suivre l'exercice
» individuel de l'action sociale que s'il y avait eu à les relever de l'o-
» mission ou du refus de la société d'y pourvoir. »

Sur le second point, elle reconnut la demande fondée : « Considé-
» rant, à l'égard de la deuxième catégorie des demandeurs, que l'ac-
» tion par eux exercée est l'action en dommages-intérêts, basée sur
» l'article 1382 du Code civil; — Que les demandeurs allèguent avoir
» été induits à acheter leurs actions par de faux rapports et de faux
» bilans que Pereire et consorts, en leur qualité d'administrateurs,
» auraient présentés; et sur la foi desquels auraient été distribués des
» dividendes ne répondant pas à des bénéfices acquis; — Qu'ils sou-
» tiennent que Pereire et consorts, auteurs volontaires des faits falla-
» cieux par lesquels leur achat d'actions a été déterminé, ont commis

des administrateurs ; que si ces déclarations n'avaient pas été faites, si la vérité ne leur avait pas été dissimulée, jamais ils n'auraient consenti à devenir actionnaires, ce n'est pas seulement, dans ce cas, la différence entre la valeur réelle des titres et le prix d'achat, qu'ils obtiendront, ils devront être replacés dans la situation, où ils se trouvaient avant l'achat des actions ; ils devront

» envers eux une faute et leur ont causé un dommage dont ils leur
» doivent la réparation ;

» Considérant qu'il faut d'abord écarter l'argument formulé en fin
» de non-recevoir, qui consiste à dire que les administrateurs d'une
» Société anonyme n'ont de devoirs à remplir que vis-à-vis de la So-
» ciété dont ils sont mandataires ; que c'est à la Société et non au
» public que s'adressent leurs rapports, leurs présentations de bilans,
» leurs propositions de dividendes ; que, quand le tout a été approuvé
» par l'assemblée générale, le mandant couvre le mandataire ; qu'on
» ne peut plus voir alors que dans la résolution de la Société qui a
» adopté les bilans et ordonné les dividendes, la cause de l'illusion
» dans laquelle les acheteurs d'actions se plaindraient d'avoir été en-
» traînés sur la vraie situation des affaires sociales, et que la société
» seule aurait à en répondre ; — Considérant que si les administra-
» teurs sont astreints aux obligations de leur mandat envers la so-
» ciété qui le leur a conféré, ils sont en même temps soumis envers
» tout le monde aux devoirs généraux qui sont imposés par la cons-
» cience ou par la loi, et dont l'infraction constitue, aux termes de
» l'article 1382 du Code civil, une faute ou quasi-délit obligeant à la
» réparation du dommage causé ; — Que, dans les sociétés établies
» par actions et appelant, pour la souscription ou la transmission des
» actions, le concours du public, les rapports et les confections d'in-
» ventaires ou bilans par les administrateurs ne sont pas des actes
» qui se renferment dans l'intérieur de la société ; — Que la connais-
» sance doit en être donnée au dehors ; — Que ces actes sont desti-
» nés, suivant l'usage, à une grande publicité ; — Qu'il en résulte,
» pour leurs auteurs, le devoir absolu de ne tendre à la foi publique
» aucun piège et de ne pas altérer sciemment la vérité sur les faits
» qui peuvent déterminer les tiers à courir les chances d'une entrée
» dans la société. (Paris, 16 avril 1870 ; Aff. de la Société Immobilière,
» Dalloz, 1870. 2. 124 ; Cassation, 7 mai 1872, Dalloz, 1872. 1. 433.)

être entièrement désintéressés, et obtenir le remboursement total du prix d'achat. La fraude des administrateurs est, en effet, dans cette dernière hypothèse, la cause déterminante de l'entrée des tiers dans la société.

C'est ainsi qu'a décidé la Cour de Paris, dans l'arrêt du 22 avril 1870. Cette détermination, comme l'a reconnu la Cour suprême, qui sur les conclusions de M. l'avocat général Reverchon, confirma la sentence des magistrats d'appel n'était pas seulement naturelle et juste ⁽¹⁾, elle était dans l'espèce la seule qu'il fût possible à la Cour de faire, étant donné que l'état confus des affaires sociales, au moment de l'acquisition ne lui permettait pas d'estimer, même d'une manière approximative, la valeur réelle des actions ⁽²⁾.

166. Il peut se faire qu'au lieu de demander comme dans l'hypothèse précédente, la nullité de la vente et le remboursement de la somme payée, les tiers actionnaires reconnaissent valable le contrat, et se bornent à réclamer des dommages et intérêts, fondés sur les manœuvres frauduleuses employées à leur égard. Il ne s'imposerait plus alors que la situation antérieure à l'achat des titres dut être rétablie, tant à l'égard des tiers trompés que des administrateurs, et comme une conséquence naturelle du remboursement total du prix d'achat, auquel seraient condamnés les administrateurs, les ma-

(1) En effet, le préjudice éprouvé par les acheteurs venait non-seulement de ce qu'ils avaient acheté trop cher, mais de ce qu'ils avaient acheté dans des circonstances, où assurément s'ils avaient connu la vérité qui leur était cachée, ils ne seraient pas devenus actionnaires de la Société Immobilière.

(2) Cassation, 7 mai 1872, Dalloz, 1872. 4. 233, avec les conclusions de l'avocat général.

gistrats ne devraient plus nécessairement obliger les tiers, à leur restituer les titres, objets du débat. Le contrat de vente est annulé dans la première hypothèse, les parties doivent être replacées dans la situation qu'elles avaient, avant qu'il ait été formé au moins en fait; dans la seconde, le contrat est respecté et maintenu, il faut appliquer aux demandeurs les règles, qui régissent la responsabilité en matière de vente ordinaire. Or, aux termes de l'article 1644, l'acheteur lésé a le droit de garder la chose, et de se faire rendre une partie du prix, et aux termes de l'article 1645 : si le vendeur connaissait les vices de la chose il est tenu, outre la restitution du prix qu'il a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur.

D'après ces principes, l'indemnité déterminée d'après la perte subie et le gain manqué pourra comprendre : 1° la restitution intégrale du prix d'achat; 2° l'intérêt de la somme payée par l'acheteur; 3° enfin la propriété des titres acquis avec la chance d'en tirer quelque profit (1).

(1) Cassation, 10 août 1880, Dalloz, 1881. 1. 457.

CHAPITRE II.

Responsabilité des commissaires de surveillance.

167. A côté des administrateurs, auxquels est confiée la gestion de la société se rencontrent dans la société anonyme les commissaires de surveillance. Comme les premiers ils sont mandataires des associés, comme les premiers aussi ils doivent être nommés par la première assemblée générale (art. 25) (1).

Mais là s'arrêtent leurs points communs. A la différence des administrateurs, dont l'acceptation, par eux faite de leurs fonctions, marque la constitution définitive de la société et dont le défaut de nomination doit entraîner la nullité de la société (art. 41), la désignation des commissaires de surveillance par l'assemblée générale peut être suppléée par ordonnance du président du tri-

(1) Les administrateurs peuvent être aussi désignés par les statuts, mais dans la pensée du législateur ce droit de désignation constitue une innovation et une dérogation au principe de la nomination par l'assemblée générale (Rapport de M. Mathieu, LIV sur art. 25 (19 du projet)).

bunal de commerce (art. 32); de plus et surtout, le mandat conféré aux uns et aux autres n'est pas le même : alors que les premiers ont reçu la mission de diriger et de gérer la société, les seconds ont reçu celle de contrôler et de surveiller l'administration et de régler ainsi la marche des affaires et la conduite des opérations sociales.

A ce point de vue ils ressemblent aux membres du conseil de surveillance de la commandite par actions, et il est vrai de leur appliquer les expressions, dont se servait le rapporteur de la loi de 1867 pour définir le rôle de ceux-ci : *Ils surveillent, ils contrôlent, ils avertissent, ils n'ordonnent pas* ⁽¹⁾.

168. Plus particulièrement la loi leur prescrit de faire chaque année un rapport à l'assemblée générale sur la situation de la société, sur le bilan et sur les comptes présentés par les administrateurs (art. 32).

La sanction de cette prescription est la nullité de toute approbation du bilan et des comptes donnée par l'assemblée sans le rapport des commissaires.

Dans les articles 33 et 34 la loi détermine les moyens pour eux de faire et ce rapport et cette vérification. A cet effet les commissaires ont le droit de prendre communication des livres et registres de la société et l'état semestriel ainsi que l'inventaire annuel, dont la confection est imposée aux administrateurs, doivent leur être communiqués. Il en est de même du bilan et du compte des profits et pertes. Mais ces différents éléments de contrôle ne sont mis à leur disposition que pendant un certain laps de temps avant la réunion de l'assemblée générale, à laquelle doit être fait le rapport. Ce délai

(1) Rapport de M. Mathieu, § 29, Mathieu et Bourguignat, p. 335.

est fixé à trois mois ou à quarante jours, selon qu'il s'agit du rapport ou de la vérification générale et il indique la volonté chez le législateur de restreindre le droit de surveillance qu'avaient dans la loi du 23 mai 1863 (art. 16), les commissaires de surveillance (1).

Outre l'obligation de faire ce rapport et cette vérification, les commissaires ont le pouvoir de convoquer dans des cas exceptionnels l'assemblée générale (2).

169. Tels sont les droits et les obligations, imposés par la loi aux commissaires de surveillance; si les statuts sont muets sur les fonctions qu'ils ont à remplir c'est dans ces limites que s'exercera leur surveillance, et dans ces limites qu'ils auront à rendre compte de l'exécution

(1) On peut critiquer le bien fondé d'une semblable disposition, mais l'intention est formellement exprimée dans l'exposé des motifs de la loi de 1867 : « Il était à craindre, dit-il, que cette action, pouvant s'exercer chaque jour, à chaque instant sur toutes choses ne devint pour l'administration une gêne insupportable. S'il faut que les administrateurs soient contrôlés, il faut aussi qu'ils soient libres. Ce n'est pas dans leur intérêt qu'il faut que leurs mouvements soient dégagés de toute entrave, c'est dans l'intérêt de la société elle-même. Quand arrive le moment de rendre les comptes, alors il est utile qu'un examen préparatoire en soit fait par des hommes spéciaux et expérimentés, afin que l'assemblée générale, ayant sous les yeux les résultats de cet examen, puisse voter avec la parfaite connaissance des faits et bien éclairée sur la situation de la société. (Exposé des motifs de la loi de 1867. Carette, *Lois annotées*, 1867, note 38, p. 223 sur art. 34.)

(2) « Il peut se présenter en dehors du trimestre, pendant lequel les pouvoirs des commissaires peuvent s'exercer, des circonstances urgentes qui rendent nécessaire la convocation immédiate de l'assemblée générale. Dans ces cas rares et pressants les commissaires ont le droit d'agir. Le soin de leur propre responsabilité les empêchera de recourir sans motif à cette mesure exceptionnelle, qui d'ailleurs, si elle était provoquée mal à propos, n'aurait jamais des conséquences bien dangereuses » (Même exposé des motifs et même renvoi).

de leur mandat; mais les statuts peuvent étendre leurs pouvoirs et par là même leurs devoirs, et rendre ainsi leur contrôle plus efficace, ajouter aux garanties jugées, dans les cas ordinaires, suffisantes par la loi, leur imposer un mandat plus rigoureux et plus strict, qu'ils sont libres d'accepter ou de refuser.

170. L'étendue de ce mandat, restreint aux dispositions de la loi (art. 33 et 34), ou rendu plus précis par la volonté des associés, détermine l'étendue de la responsabilité, qui incombe aux commissaires aux termes de l'article 43. Cette responsabilité pourra être encourue notamment pour défaut d'examen des comptes, livres, inventaires, bilans, etc. Elle le sera notamment pour toute distribution de dividendes fictifs, faite par les administrateurs; car la mission des commissaires, étant de se rendre compte de la situation financière de la société, consiste précisément à signaler les fraudes employées par les administrateurs pour l'exagérer soit aux yeux des associés, soit aux yeux des tiers. Ils ont dans la main tous les éléments d'information et d'examen et le droit de convoquer, si cela devenait nécessaire, l'assemblée générale.

171. A la différence de l'article 44 étudié plus haut, l'article 43, qui s'occupe de l'étendue et des effets de la responsabilité des commissaires, ne déclare pas ceux-ci responsables envers les tiers, et ne dispose pas que la solidarité pourra être prononcée contre eux. Sans nous occuper pour le moment de la solidarité, qui sera traitée dans le chapitre suivant, disons qu'on a voulu voir, dans le silence gardé à l'égard des tiers par le législateur, l'intention de leur refuser toute action contre les commissaires de surveillance. M. Bédarride trouve naturelle

et logique la disposition de l'article 43 ainsi interprétée. Il estime que la mission des commissaires est toute intérieure et que les intérêts des tiers sont suffisamment sauvegardés par l'action qu'ils ont contre les administrateurs. La jurisprudence et les auteurs ne partagent pas cette opinion; en disposant que la responsabilité des commissaires est soumise aux règles du mandat, l'article 43 n'a pas eu pour objet de faire une exception au droit commun; or le droit commun en pareille matière pour les tiers, c'est l'article 1382, et pour prétendre avec quelque raison que l'article 1382 exceptionnellement ici ne leur est pas applicable, qu'ils ne peuvent s'en réclamer, ce n'est pas le silence de l'article 43 à leur endroit, qu'il faudrait invoquer, c'est une disposition expresse, formelle, consacrant la dérogation faite au principe de droit commun.

172. Nous n'entendons pas, d'ailleurs, reconnaître, à l'égard des commissaires pas plus qu'à l'égard des administrateurs, le droit pour les tiers d'exercer l'action *mandati*; pour les mêmes raisons que celles données plus haut nous repoussons la doctrine de la Cour de Colmar, qui fait des uns et des autres des mandataires légaux et de la société et des tiers. S'il est exact que la loi de 1867 a été faite pour empêcher certaines fraudes de se renouveler, fraudes dont avaient été victimes les actionnaires, les tiers et le crédit public, il ne s'en suit pas qu'on puisse établir entre les administrateurs et les commissaires de la société anonyme, d'une part, et les tiers de l'autre, la fiction d'une obligation contractuelle, qui n'existe réellement qu'entre les premiers et les actionnaires.

Le droit des tiers contre les commissaires existe donc, mais fondé sur l'article 1382 et non sur l'article 1991.

173. La bonne foi des commissaires pourra être invoquée par eux devant le tribunal pour atténuer leur responsabilité, de même que la gratuité de leur mandat sera, aux termes de l'article 1992, un motif d'obtenir une condamnation plus modérée. C'est d'ailleurs aux tribunaux à apprécier, d'après les règles du droit commun, la faute, sa gravité et ses conséquences ⁽¹⁾.

(1) Mathieu et Bourguignat, *Com. de la loi* de 1867, n° 248, p. 212.



TROISIÈME PARTIE.

CARACTÈRES PARTICULIERS DE LA RESPONSABILITÉ. ACTION JUDICIAIRE.

CHAPITRE PREMIER.

De la solidarité entre les personnes responsables. De la répartition de la responsabilité.

174. Une condamnation fondée soit sur l'article 42, soit sur les articles 43 et 44, crée, entre les demandeurs qui ont triomphé et les défendeurs qui la subissent, des rapports de créanciers et de débiteurs. La solidarité, qui vient s'ajouter à la condamnation, constitue le droit pour le créancier ou les créanciers, de demander à l'un quelconque des débiteurs le montant intégral de la somme que tous doivent payer.

175. Le principe de la solidarité est dans la convention, dans un acte de dernière volonté ou dans la loi. Nous trouvons le principe de celle, dont nous avons à

nous occuper, dans la loi. Mais la loi même attache à la solidarité qu'elle édicte, tantôt un caractère conventionnel, tantôt un caractère pénal.

Dans le premier cas, elle présume la volonté des parties, elle suppose qu'elles ont voulu donner un caractère solidaire aux obligations qui peuvent naître du contrat qu'elles ont passé. Ainsi en est-il dans les articles 1887 et 2002 du Code civil.

Dans le second, elle se sert de la solidarité pour punir ceux qui ont violé quelque-une de ses dispositions. C'est ce dernier caractère qu'il faut reconnaître à la loi de 1867, lorsqu'elle prononce contre les fondateurs, les administrateurs et les commissaires de surveillance de la société anonyme, la responsabilité édictée par les articles 42, 43 et 44.

Lorsque la société a été constituée contrairement aux dispositions de la loi de 1867, que les fondateurs et les administrateurs ont été rendus responsables de la nullité survenue, la solidarité doit être nécessairement prononcée contre eux tous. Le législateur a compté, en effet, sur chacun des fondateurs et des administrateurs pour faire respecter les conditions qu'il mettait à la constitution de la société; c'est pourquoi, au besoin, il rendrait chacun d'eux responsable seul de la nullité. Quand elle est prononcée, il les enveloppe tous dans la même sanction, parce que tous peuvent se reprocher la constitution irrégulière, qu'avant tout il voulait empêcher. C'est une augmentation de peine, mais aussi c'est une garantie de plus, donnée aux personnes qui se trouvent lésées par la négligence ou la fraude des fondateurs, des administrateurs ou des commissaires, d'être désintéressées.

176. Qui dit solidarité ne dit pas obligation pour un seul de supporter définitivement le montant de la condamnation, sans recourir contre les autres personnes déclarées responsables.

Si les tiers et les associés peuvent s'adresser à un seul et lui demander le paiement de la totalité de la condamnation prononcée, ce paiement effectué, la répartition doit se faire, et c'est un point extrêmement intéressant pour les personnes responsables que celui de savoir dans quelle proportion respectivement elles supporteront la condamnation solidaire.

Cette question d'ailleurs peut se poser alors même que la solidarité n'a pas été prononcée, dans les cas où elle ne l'est pas. Lorsque les juges déclarent les fondateurs ou les administrateurs responsables, ils doivent déterminer la part, dont chacun d'eux sera tenu.

177. Quel sera le principe qui présidera à cette fixation? Le magistrat pourra-t-il y procéder arbitrairement? Le principe, dont avant tout et nécessairement il devra tenir compte à notre avis, est celui de proportionner la responsabilité définitive de chacun à la faute qu'il a commise; et comme la faute commise est avant tout la constitution vicieuse de la société, il ne nous apparaît pas qu'une fois les personnes responsables déterminées par le magistrat, soit à titre de fondateur, soit à titre d'administrateur, on puisse tenir compte encore des faits antérieurs à cette constitution. Tous nous semblent être également coupables, parce que tous pouvaient empêcher l'œuvre de s'achever et qu'à cet égard ceux qui sont restés sur une certaine réserve, avaient un pouvoir égal à ceux de qui la nullité résulte directement. La distinction ici entre la négligence, la faute et la fraude,

n'est plus à faire, parce que négligence, faute ou fraude ont eu le même résultat, qu'avant tout voulait prévenir le législateur, la constitution de la société en dehors des prescriptions légales.

Cependant, si telle est une opinion, que nous ne croyons pas exagérée, parce qu'en l'adoptant, nous ne faisons que nous inspirer de l'esprit même des dispositions de la loi, dispositions exceptionnelles, sanctions rigoureuses s'il en fut, nous devons cependant confesser que tel n'est pas l'avis de M. Mathieu. Il reconnaît au juge le pouvoir « d'apprécier la situation, les faits et répartir les conséquences de la faute proportionnellement à la part que chacun a prise à cette faute ⁽¹⁾. » Cette opinion a du moins le mérite de se rattacher au principe même de la responsabilité, qui est la faute, si elle se sépare de la nôtre, en ce qu'elle distingue entre les parts diverses prises par les fondateurs et les administrateurs à la constitution de la société.

178. Il en est une autre doctrine, qu'il nous est difficile de comprendre et impossible d'admettre. C'est celle consacrée par la Cour de Bordeaux dans son arrêt du 9 mars 1874.

Voici en quoi elle consiste : « si la division de l'obligation solidaire se fait par tête ou portion virile, lorsque les parts des associés sont égales ou présumées telles, elle doit, quand ces parts sont inégales, s'opérer au *pro rata* de l'intérêt de chaque débiteur dans l'affaire, qui donne lieu à la dette commune ; dans l'espèce, la dette dérivant de la nullité de la société, l'obligation solidaire doit se

(1) Mathieu et Bourguignat, *Comment. de la loi de 1867*, p. 210, n° 244.

partager entre les divers fondateurs responsables au *prorata* du nombre de leurs actions (1). »

Ce n'est donc plus la faute, qui sert ici à mesurer la responsabilité incombant à chacun, c'est l'intérêt que chacun a dans la société. Ce principe vrai, lorsque l'obligation solidaire résulte de la convention, ne peut l'être, lorsque c'est à titre de peine que la solidarité est prononcée. La loi s'en sert alors comme de moyen pour punir une faute; l'intérêt, qu'ont pu avoir ceux qui l'ont commise, importe peu, puisque tous s'en sont rendus coupables et doivent conséquemment en répondre. D'ailleurs ce principe ne saurait être adopté par la jurisprudence d'une façon absolue sans consacrer bientôt des injustices; car il est possible que les fondateurs, qui ont péché par excès de confiance, qui se sont rapportés à la probité et au soin de leurs collègues, soient propriétaires d'un grand nombre d'actions, tandis que ceux par la fraude desquels est survenue la nullité n'en aient que très-peu. A quel résultat alors arriverait-on?

179. Pour la solidarité, qui peut résulter de l'application des articles 43 et 44, lorsque les commissaires de surveillance ou les administrateurs sont en faute, il faut distinguer selon que les personnes lésées sont la société ou des tiers.

Envers la société, les uns et les autres sont des mandataires, nous l'avons vu; mais la solidarité, qui peut être prononcée contre les administrateurs, ne résulte pas de l'application des principes du mandat. Ici une exception est faite par le législateur; bien que mandataires, ils sont quant à la solidarité, soumis à un principe plus ri-

(1) Bordeaux, 9 mars 1874, *Journal du Palais*, 1876, p. 889.

goureux que celui de l'article 1995. Cet article dispose, en effet, que « quand il y a plusieurs fondés de pouvoirs ou mandataires, établis par le même acte, il n'y a de solidarité entre eux qu'autant qu'elle est exprimée; » or, les termes de l'article 44 de la loi de 1867 indiquent que sur ce point l'intention du législateur a été de ne pas s'en tenir à la disposition de l'article 1995, mais de laisser aux magistrats le soin de condamner les administrateurs individuellement ou solidairement suivant les cas. La condamnation solidaire pourra résulter envers les associés, de ce que la cause du dommage est indivisible : telle serait par exemple une distribution de dividendes fictifs.

180. « Les administrateurs sont donc tenus, comme le disent MM. Lyon-Caen et Renault, tantôt individuellement tantôt solidairement, selon que la faute, qui donne lieu à la responsabilité, est individuelle ou commune à plusieurs (1). » Ajoutons que de plein droit et sans entrer dans l'examen des personnes coupables ou non, la solidarité existe entre les administrateurs, sur l'ensemble des actions dont ils doivent être propriétaires aux termes de l'article 26, et qui doivent être déposées dans la caisse sociale.

181. La disposition, sur laquelle nous fondons notre théorie relativement aux administrateurs, n'existe pas dans l'article 43. A cet égard donc, la solidarité ne peut être prononcée pour les mêmes raisons contre les commissaires de surveillance; car, dans le silence de la loi on ne peut étendre une disposition exceptionnelle; au contraire, l'article 43 dispose qu'envers la société, les effets et l'étendue de la responsabilité des commissaires sont

(1) *Précis de droit commercial*, p. 256, n° 481.

déterminés d'après les règles générales du mandat; nous tenant à la lettre même de l'article, nous pensons que l'article 1995 est seul applicable aux commissaires, et que la solidarité ne pourra être prononcée contre eux que si elle a été exprimée ⁽¹⁾.

182. Pour la condamnation, qui peut intervenir au profit des tiers, les uns et les autres sont ici sur la même ligne. Administrateurs et commissaires de surveillance ont à répondre alors d'un quasi-délit ou d'un délit; c'est l'article 1382, qui s'applique. Quant à la solidarité, il est de jurisprudence constante que les tribunaux ont le droit de la prononcer contre ceux qui ont participé au fait quasi-délictueux ou délictueux ⁽²⁾.

183. Nous n'avons pas ici les mêmes raisons de soutenir l'opinion émise plus haut, relativement au partage de la responsabilité; rien ne s'oppose, à ce qu'il se fasse ici, en raison des fautes respectives des personnes, contre lesquelles elle est prononcée.

184. Ainsi et pour résumer; en cas de nullité de la société les personnes responsables (fondateurs et premiers administrateurs) seront nécessairement condamnées solidairement envers les tiers et envers la société, et le partage de cette condamnation solidaire se fera entre eux par tête; en cas de société valablement constituée, pour fautes ou négligences commises par les *administrateurs*, à l'égard des tiers et de la société, les tribunaux seront souverains dans leur appréciation de fait, d'où pourra résulter la solidarité; ils ne le seront au contraire, pour fixer le caractère solidaire de la condam-

(1) *Contrà* Colmar, 3 juillet 1867, Dalloz, 1867. 2. 235.

(2) Cassation, 30 juin 1869, Dalloz, 1869. 1. 336.

nation encourue par *les commissaires*, que si cette condamnation résulte d'un quasi-délit ou d'un délit commis envers des tiers; celle au contraire prononcée au profit des associés, sera, quant à la solidarité comme pour tout le reste, soumise aux principes généraux du mandat et en particulier à la disposition de l'article 1995.

Rappelons de plus qu'une des différences, qui existe (dans la doctrine, que nous avons soutenue sur l'étendue de la responsabilité envers les tiers et envers les associés, en cas de nullité), entre la responsabilité résultant de la nullité et celle provenant d'un fait de gestion, consiste dans le caractère solidaire de la condamnation, obligatoire dans le cas de l'article 42, facultatif au contraire pour les tribunaux dans celui de l'article 44; à part cela, le préjudice, dans l'application des deux articles, reste toujours la mesure de la responsabilité soit envers le tiers, soit envers la société.

CHAPITRE II.

De l'action en responsabilité.



SECTION PREMIÈRE.

Exercice de l'action.

§ 1^{er}. *Quand peut être intentée l'action?*

185. Lorsqu'il s'agit d'appliquer les articles 43 et 44, le préjudice causé soit par les administrateurs, soit par les commissaires, doit être préalablement prouvé. Dans le cas de l'article 42, il faut que la nullité de la société ait été d'abord prononcée, pour qu'on puisse invoquer la disposition de cet article.

L'article 42, en effet, est subordonné à l'article 41; cela résulte des termes dont s'est servi le législateur en le rédigeant : « Lorsque la nullité de la société a été prononcée aux termes de l'article précédent, etc. » Par conséquent, il faut poser en principe que toute action en responsabilité fondée sur l'article 42 est irrecevable, si la société n'a pas été déclarée nulle.

186. La responsabilité est une conséquence de la nul-

lité, mais l'on doit comprendre qu'il n'est pas nécessaire que deux instances aient été engagées, l'une portant sur la nullité, l'autre sur la responsabilité. La même action peut comprendre les deux demandes, dont la seconde est la conséquence de la première. C'est même ce qui toujours aura lieu, la qualité, en vertu de laquelle on agira pour demander l'application de l'article 44, comprenant celle (tiers ou associés) sur laquelle on fondera la demande en responsabilité.

187. Sous l'empire de la loi de 1856, des associés et des créanciers avaient cependant élevé la prétention d'intenter une action en responsabilité, fondée entre autres raisons sur la *prétendue* constitution irrégulière de la société. Mais outre que dans l'espèce les prescriptions de la loi de 1856 relatives aux conditions essentielles de la constitution de la commandite n'étaient pas applicables, la société dont il s'agissait ayant été fondée antérieurement à la promulgation de la loi, la nullité n'en avait été ni prononcée ni même demandée. La Cour de Bordeaux, le 29 mai 1860, repoussa la demande : « Attendu que si, sous l'empire de la loi de 1856 et par application à des sociétés qu'elle régirait, une fin de non-recevoir insurmontable devrait repousser toute demande de responsabilité contre les membres du conseil de surveillance, à raison du vice d'organisation de l'association, *parce que la nullité n'aurait pas été déclarée*, à plus forte raison doit-il en être de même sous l'influence des lois antérieures dont aucune n'avait mis à la charge de ces membres cette cause de responsabilité toute nouvelle et dont l'application n'est même que facultative pour les tribunaux (1). »

(1) Cassation, 3 juillet 1861, Dalloz, 1861. 4. 414.

Sauf la dernière considération, les raisons invoquées par la jurisprudence dans l'espèce d'une société en commandite, peuvent l'être également dans l'espèce d'une société anonyme. Le principe est le même, la responsabilité étant la conséquence de la nullité, est subordonnée à la déclaration de cette nullité.

188. Mais si la nullité ne peut être prononcée d'office par les tribunaux, à l'occasion d'une instance en responsabilité, notons à nouveau qu'une société annulée une première fois ne peut l'être une seconde pour une cause différente de la première (1).

Dans ce cas, l'action en responsabilité est recevable, alors même qu'elle est fondée sur un fait des fondateurs ou des administrateurs, qui n'a pas été la cause de la première déclaration de nullité. Les juges, dans cette hypothèse, sans avoir à prononcer une seconde fois la nullité, n'ont qu'à déclarer qu'elle est encourue pour un fait nouveau engageant la responsabilité de personnes, qui peut être échappaient aux conséquences de la première décision judiciaire.

Prenons comme exemple une société déclarée nulle pour défaut de publicité à l'origine, les administrateurs seuls sont déclarés responsables; postérieurement une nouvelle action en nullité est intentée, fondée sur la violation des dispositions de l'article 1^{er} de la loi. La violation est constatée; les juges n'ont pas à prononcer la nullité à nouveau, mais ils déclarent responsables avec les administrateurs, les fondateurs, auxquels cette cause de nullité est imputable.

189. S'il est nécessaire que la nullité ait été prononcée

(1) Cassation, 12 avril 1864, Dalloz, 1864. 1. 377.

pour que l'article 42 puisse être appliqué, la jurisprudence a statué que, lorsqu'il s'agissait d'une action intentée par le syndic au nom des créanciers sociaux, il n'était pas nécessaire, pour que cette action fût recevable, que le chiffre des dettes ait été préalablement et définitivement fixé (1).

Cette décision de la Cour de Paris nous paraît fondée en principe, cependant nous ne l'adoptons pas d'une manière absolue. S'il est vrai, comme le dit la Cour : « qu'il s'agit uniquement de décider si les fondateurs et administrateurs sont garants en principe des dettes de la société, quelle qu'en soit l'importance, » il n'est pas moins certain que, l'action en responsabilité comme toute action étant subordonnée à la preuve de l'intérêt de ceux qui l'intentent, et cet intérêt ne devant être apprécié, d'après nous, que dans les limites du préjudice éprouvé, il faut tout au moins que ce préjudice soit reconnu certain.

Sous cette réserve, la doctrine de la Cour de Paris est parfaitement juste, et, dans ce cas, la décision judiciaire n'aura pour effet que de déterminer quelles seront les personnes responsables.

La différence que nous rencontrons ici entre le sentiment de la jurisprudence et le nôtre, tient à la différence même que nous avons accusée, au sujet de l'étendue de la responsabilité envers les tiers. La jurisprudence, en effet, décide à ce propos qu'envers les tiers, les fondateurs et les premiers administrateurs sont responsables de la totalité des dettes sociales, nous avons cru, au contraire, devoir nous rallier à l'opinion, qui fait du préjudice éprouvé par les créanciers la mesure et la condition de la

(1) Paris, 27 mai 1867, Dalloz, 1867. 2. 145.

responsabilité des personnes désignées dans l'article 42.

La Cour de Paris n'exige qu'une condition pour l'exercice de l'action en responsabilité par le syndic, c'est qu'il ait été constaté que des dettes sociales existent, au paiement desquelles l'actif de la société ne suffit pas; d'après le système soutenu plus haut, la condition de l'action est dans l'existence d'un préjudice causé aux créanciers par la nullité.

§ 2. *Par qui peut être intentée l'action?*

190. L'action en responsabilité appartient à deux sortes de personnes, les tiers et la société, qui peuvent l'exercer soit par eux-mêmes, soit par des représentants. L'exercice de l'action par la personne à qui elle appartient n'offre rien de particulier; au contraire, le droit pour elle de se faire représenter, et pour un étranger d'agir en son nom, constitue une dérogation aux règles ordinaires. C'est de ce point tout particulièrement qu'il faut s'occuper.

191. *Action exercée par les associés.* — Cette dérogation est surtout sensible à l'égard des associés, les articles 39 et 17 de la loi de 1867 leur conférant, sous certaines conditions, le droit de se faire représenter par des mandataires *ad litem*.

L'origine de la disposition de l'article 17 est dans la loi de 1856; le but, qu'on s'était à cette époque proposé, comme celui qu'a voulu atteindre le législateur de 1867 en consacrant ce droit à nouveau, est de diminuer, sinon de supprimer « des frais, des lenteurs et des embarras considérables (1). » On comprend, en effet, que c'étaient là

(1) Exposé des motifs de 1856, Carette, *Lois annotées*, 1856, p. 100.

des inconvénients inhérents à toute action, où des associés nombreux jouaient soit le rôle de demandeurs, soit celui de défendeurs. De plus et par une conséquence inévitable, ces difficultés devaient entraver le développement des sociétés commerciales.

En établissant en matière de société une exception au principe que : nul en France ne plaide par procureur, le législateur a simplifié considérablement la procédure et diminué les frais de toute instance.

192. Quelles sont les contestations dans lesquelles s'applique l'article 17 de la loi de 1867. Le texte de cet article paraît limiter le droit de représentation aux seules actions des associés contre les gérants ou contre les membres du conseil de surveillance; et partant, puisque l'article 39 se borne à déclarer que les dispositions de l'article 17 sont applicables à la société anonyme, on devrait en conclure que dans notre matière les actionnaires ne peuvent se faire représenter que dans les contestations survenant entre eux et les fondateurs, les administrateurs et les commissaires de surveillance; au point de vue qui nous occupe, l'interprétation des articles 17 et 37 de la loi comprendrait toutes les actions en responsabilité. On doit cependant reconnaître que les dispositions en question ne doivent pas être entendues d'une manière aussi étroite, et que le droit qu'elles confèrent peut être invoqué également dans toutes instances entre associés. C'était l'opinion des jurisconsultes sur l'article 14 de la loi de 1856, conçu dans les mêmes termes que le nôtre, l'opinion en particulier d'un des auteurs de la loi (1), c'est également le sentiment du rapporteur de

(1) Bravard-Veyrières, *Soc. commerciales*, p. 174; Duvergier, *Collect. des lois*, 1856, p. 350 et note.

1867 (1), et il faut admettre avec Romiguières que la loi ici est plutôt démonstrative que limitative, qu'elle statue *de eo quod plerumque fit*, et que l'article 17 doit être appliqué toutes les fois que l'intérêt engagé au débat regardera la société elle-même (2).

En cas de liquidation de la société, notons que le mandataire désigné pour intenter toute action où l'intérêt de la société elle-même, en tant qu'être moral, est engagé, est le représentant de cette société, de cet être moral, le liquidateur nommé par les associés (3).

193. Le droit de se faire représenter a été établi non-seulement au profit des majorités d'actionnaires, mais encore au profit des minorités, et le principe qu'il faut retenir, c'est que partout où existe un intérêt collectif, de quelque nature qu'il soit, les associés peuvent se réunir et déléguer quelqu'un pour exercer l'action en leur nom.

Ce principe cesserait d'être vrai si, au lieu d'agir dans un intérêt collectif, des actionnaires intentaient contre les fondateurs, les administrateurs ou les commissaires des actions en responsabilité différentes dans leur cause comme dans leur *quantum*, si le préjudice causé pouvait être estimé d'une manière particulière à l'égard de chacun d'eux. Tel serait, par exemple, le cas d'actionnaires qui auraient acheté au cours de la société, des actions, sur les rapports mensongers des administrateurs, et qui, la nullité venant à être prononcée, demanderaient aux tribunaux la réparation du dommage causé.

En face des actionnaires originaires, réunis dans un in-

(1) Mathieu et Bourguignat, *Commentaire de la loi de 1867*, n° 160.

(2) Romiguières, *Commandite par actions*, p. 155.

(3) Cassation, 16 mai 1877, Dalloz, 1878. 1. 81 et note.

térêt collectif, auxquels la nullité causerait un préjudice de même nature, chacun de ceux-là, au contraire, fonderait sa prétention sur un intérêt particulier, et alléguerait un préjudice différent de celui des autres actionnaires. Dans cette hypothèse, l'action en responsabilité devrait être individuellement exercée par chacune des parties lésées, parce qu'elle devrait être appréciée d'une manière distincte à l'égard de chacune d'elles et de chacune des personnes responsables (1).

194. Deux modifications ont été apportées en 1867 à la disposition précitée de la loi de 1856; l'une consacrant une véritable innovation ne permet plus la représentation qu'aux associés représentant au moins le vingtième du capital social; l'autre de pure forme, modification de texte, qui n'emporte pas l'affirmation d'un principe nouveau, mais a pour objet de préciser la volonté du législateur, met à la charge d'une minorité d'associés les frais du mandat qu'elle confie, et de ses suites.

M. Mathieu dans son rapport donne de la première les raisons suivantes : « Plaider par des mandataires est une exception au droit commun, qu'il importe de restreindre au lieu de l'étendre. En faire bénéficier les minorités, sans se préoccuper de la part qu'elles représentent dans le capital social, c'est exposer la société à des attaques indiscrètes, encourager l'esprit processif en abaissant l'obstacle qui seul l'arrête, la responsabilité des frais engagés dans la contestation (2). »

195. Quant au mandat en lui-même conféré par les

(1) Cassation, 30 décembre 1872, Dalloz, 1873. 4. 333.

(2) Rapport de la loi de 1867, n° XLII.

associés, il est soumis aux règles générales en semblable matière; liberté absolue des conventions; conséquemment liberté du choix dans la nomination du représentant *ad litem*, liberté des restrictions que peuvent apporter les associés aux pouvoirs de leur mandataire.

196. Dans le cas, où les associés qui ont un intérêt commun, ne réuniraient pas le vingtième du capital social, ils restent libres, bien entendu, d'agir individuellement à leurs risques et périls. Il en est de même, alors que déjà la majorité des associés, représentée par des mandataires, est engagée dans une instance; le droit individuel de chacun des associés reste intact, et en vertu de ce droit ils peuvent intervenir personnellement dans le procès. Le législateur par la disposition de l'article 17 a eu pour objet de donner une facilité exceptionnelle aux actionnaires et non de restreindre leurs droits (1).

197. *Action exercée par les créanciers.* — Lorsque la société est déclarée en faillite, le syndic est le représentant de la masse des créanciers, et à ce titre il est le mandataire, désigné par la loi, pour intenter en leur nom toutes actions en général, celles en responsabilité en particulier.

198. L'exercice par lui des droits et actions des créanciers sociaux est soumis cependant à cette condition, qu'il agisse au nom de la masse des créanciers; et il y a à faire à l'égard des tiers la même distinction que celle qui a été faite plus haut au sujet des associés, et de leur mandataire. Il faut pour que l'action en responsabilité du

(1) Paris, 19 avril 1875, Sirey, 1876. 2. 113 avec les conclusions de M. l'avocat général Hémar.

syndic soit recevable, qu'il se fonde sur l'intérêt collectif des créanciers, que les faits, qui servent de cause à l'instance engagée par lui, aient préjudicié non pas aux créanciers considérés *ut singuli*, mais aux créanciers considérés *ut universi*.

On comprend, en effet, que s'il était impossible dans l'appréciation du préjudice causé, de considérer tous les créanciers de la même manière, si on était obligé de distinguer des situations particulières, des dommages et des responsabilités différents, le syndic exerçant une action dans ces conditions agirait bien moins comme représentant de la masse des créanciers que comme représentant de chaque créancier successivement et distinctement. Il représenterait peut-être de cette façon tous les tiers, mais assurément il ne pourrait être considéré comme le mandataire de l'universalité de ceux-ci.

Cette distinction a été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris déjà cité ⁽¹⁾.

199. Quand maintenant pourra-t-on considérer le syndic comme agissant ou non au nom de la masse des créanciers? C'est là une question qu'il est plus facile de résoudre en fait qu'en droit. Pour la jurisprudence, par exemple, qui admet qu'en cas de nullité les personnes responsables le sont de la totalité des dettes sociales, le syndic agissant au nom des créanciers dans cette hypothèse, est certainement le représentant de la masse. A l'égard de chacun des tiers le montant de la condamnation variera avec le montant de la dette, mais le principe, la cause, l'origine de la responsabilité encourue sera le même; tous agiront contre les fondateurs et les

(1) Paris, 28 mai 1869, D. 1869. 2. 145.

premiers administrateurs, parce que ces derniers seront substitués à l'être social disparu, et qu'au lieu d'avoir une créance contre un être impersonnel, créance garantie par l'actif social seulement, ils pourront exercer leurs droits contre des personnes désignées, tenues personnellement et indéfiniment.

200. Il n'en est pas de même dans l'opinion, qui n'admet l'action en responsabilité des tiers qu'autant que le préjudice a existé. Outre qu'ici le préjudice variera le plus souvent, apprécié qu'il aura été d'après les faits et les circonstances de la cause, il est possible que tous les créanciers ne l'aient pas éprouvé ou ne soient pas reconnus fondés dans leur action en responsabilité. C'est ce qui arrivera à l'égard de ceux qui ont contracté avec la société, connaissant le vice originaire qui l'affectait.

Comment dans ce cas, où les créanciers n'ont pas des intérêts identiques, admettre que le syndic pourra en leur nom soutenir l'action, comme étant leur représentant à tous considérés dans leur ensemble, dans leur universalité?

On voit donc qu'une conséquence de la doctrine, que nous avons soutenue sur l'étendue de la responsabilité, est de restreindre considérablement les cas, dans lesquels l'action du syndic sera recevable.

SECTION II.

Du tribunal compétent.

201. La compétence du tribunal varie suivant que l'action en responsabilité est intentée par les associés ou par les tiers.

202. Lorsqu'elle est exercée par les associés, outre que le plus souvent l'action est fondée sur l'inexécution d'un mandat accepté par les administrateurs ou les commissaires, le débat s'engage entre associés. C'est donc à deux titres que le tribunal de commerce est compétent : 1° le mandat donné aux administrateurs ou aux commissaires par les associés porte sur des affaires de commerce, est relatif à des actes commerciaux; 2° la contestation s'élève entre associés (1). L'article 631 du Code de commerce doit donc être appliqué; la juridiction consulaire est seule compétente.

203. Il n'en est pas ainsi, lorsque ce sont des créanciers sociaux qui agissent. A la vérité, quand leur action en responsabilité est fondée sur la nullité de la société, dans la doctrine de la jurisprudence, qui considère les personnes responsables comme substituées à l'être social, le tribunal de commerce est compétent, comme il le serait pour toute action engagée entre la société elle-même et les tiers, action ayant le caractère commercial. Mais dans tous les autres cas et même dans celui d'une nullité prononcée, pour ceux qui admettent avec nous que l'action en responsabilité des tiers fondée sur l'article 42 ne doit être appréciée que d'après le préjudice causé, il faut considérer la juridiction civile comme étant compétente.

Le motif en est simple; l'article du Code, sur lequel les tiers fondent leur prétention, est l'article 1382. Ce qu'ils incriminent, c'est un délit ou un quasi-délit. Les tiers, en effet, n'ont donné aucun mandat aux adminis-

(1) Cette seconde raison n'est pas absolument vraie pour les commissaires de surveillance, qui peuvent être choisis en dehors des associés.

trateurs ou aux commissaires, et ils ne sont pas associés ou n'agissent pas en cette qualité, mais en qualité de tiers lésés, si, comme dans l'espèce de la Société Immobilière, ils réunissent en eux ces deux titres.

204. A défaut de texte constituant la compétence du tribunal de commerce dans notre matière, on ne voit donc pas sur quelle raison juridique on pourrait appuyer la prétention que nous combattons.

On pourrait invoquer le caractère commercial des actes qui ont causé le préjudice; mais à cela nous répondons que si l'acte quasi-délictueux ou délictueux a été commis à l'occasion d'une opération commerciale, il reste indépendant de l'affaire en question et soumis à l'article 1382, seul applicable. Ainsi devraient être considérées les manœuvres par lesquelles des administrateurs auraient déterminé des tiers à acheter des actions d'une société; le fait d'avoir trompé les tiers par la publication de bilans et d'inventaires inexacts ou frauduleux ne peut avoir de caractère commercial.

205. La jurisprudence, après avoir reconnu exclusivement pour les actions des associés et des tiers, la compétence de la juridiction consulaire ⁽¹⁾ a reconnu dans l'espèce invoquée en dernier lieu celle du tribunal civil ⁽²⁾.

206. La solution que nous avons cru devoir adopter, avec MM. Lyon-Caen et Renault ⁽³⁾, peut avoir dans la pratique un grave inconvénient. Il est possible qu'à l'oc-

(1) Cassation, 26 mai 1869, *Journal du Palais*, 1869, p. 1103; Cassation, 11 novembre 1873, Sirey, 1874. 1. 97.

(2) Paris, 2 août 1870, *Journal du Palais*, 1874, p. 241; 26 janvier 1874, *Journal du Palais*, 1876, p. 82; Angers, 3 juin 1873, *Journal du Palais*, 1866, p. 83. V. surtout note dans Sirey, 1874, p. 97 et s.

(3) *Précis de droit commercial*, n° 450.

casion des mêmes faits, l'action des tiers et celle des associés soient ainsi portées devant des tribunaux différents; mais cette considération ne peut nous décider à suppléer dans la loi une disposition, que nous n'y trouvons pas.

SECTION III.

De la prescription de l'action.

207. La loi de 1867, pas plus que celles de 1856 et 1863, ne contient de dispositions relatives à la prescription de l'action en responsabilité soit des tiers, soit des associés, contre les personnes responsables, aux termes de l'article 42 ou aux termes des articles 43 et 44; aussi cette matière, en même temps qu'elle est grave à cause des intérêts, qui dépendent de la solution à donner, est-elle extrêmement délicate.

Le seul texte précis, que l'on trouve, est l'article 64 du Code de commerce. Mais cet article est-il applicable aux espèces que nous avons étudiées et plus généralement aux sociétés anonymes?

Il établit, on le sait, une prescription quinquennale dans le cas de dissolution de société, à l'égard de toutes actions contre les associés non liquidateurs, leurs veuves héritiers ou ayants-cause.

208. Écartons tout d'abord l'opinion, par laquelle on conteste que la disposition de cet article soit applicable aux associés obligés seulement jusqu'à concurrence de leurs souscriptions; c'est-à-dire aux actionnaires des sociétés anonymes.

Bien que défendu avec une grande force par nos savants maîtres, MM. Lyon-Caen et Renault ⁽¹⁾, par cette raison que dans la discussion, en Conseil d'État ⁽²⁾, de l'article 64 du Code de commerce (68 du projet), il n'a été question que *d'obligation solidaire et personnelle* et partant en aucune manière de l'obligation limitée à un *quantum* déterminé, ce sentiment n'a pas été partagé par la jurisprudence et une partie de la doctrine ⁽³⁾. On a considéré et avec raison, pensons-nous, que le législateur de 1807 n'avait en vue, en parlant d'obligation solidaire, que l'hypothèse la plus fréquente alors, mais qu'il n'a pas été dans son intention de restreindre aux seules sociétés en nom collectif ou en commandite (et encore aux commandités) la disposition de l'article 64. L'idée qui domine dans l'article 64, ce qui est sa raison d'être comme celle de bien d'autres dispositions exceptionnelles du Code de commerce, c'est l'intention de favoriser l'extension et le développement des transactions commerciales en général et pour revenir à notre sujet, plus particulièrement des sociétés. « Il est certain, disait Cambacérès, dans la séance du 19 février 1807; *qu'on fuira les sociétés de commerce*, si ceux qui s'y engagent ne peuvent espérer de se voir libérés, qu'après trente ans et par suite se trouvent jusque-là dans l'impossibilité de former aucun *établissement personnel* ⁽⁴⁾. »

(1) *Précis de droit commercial*, n° 581, p. 312 et 313.

(2) Loéré, t. XVII, sur art. 68 du projet, § 16, p. 270 et s.

(3) Cassation, 24 nov. 1843, Sirey, 1846. 1. 134; Cassation, 9 fév. 1864, Dalloz, 1864. 1. 137; Cassation, 14 avril 1869; Boistel, *Précis de droit commercial*.

(4) V. arrêt de Paris, 3 mai 1881, *Journal des sociétés*, 1881, p. 480, cité plus haut, p. 60; Cassation, 25 fév. 1879.

Cette explication sur l'article 64 était nécessaire, on le comprendra, car si l'on admet avec MM. Lyon-Caen et Renault, qu'en général la prescription quinquennale ne s'applique pas aux sociétés anonymes, il est inutile d'examiner, si on peut l'invoquer ou non dans le cas particulier d'une action en responsabilité et dans les espèces prévues par les articles 42, 43, 44.

209. L'article 64 pouvant être invoqué dans l'hypothèse d'une société anonyme, distinguons le cas d'une société nulle et celui d'une société constituée légalement.

Société nulle. — Les fondateurs et les administrateurs déclarés responsables peuvent-ils se prévaloir de la courte prescription de l'article 64 à l'égard des tiers et à l'égard des associés? A l'égard des tiers, dans la doctrine de la jurisprudence qui admet qu'envers eux la société anonyme doit être considérée comme n'ayant jamais existé et que les personnes responsables sont substituées à l'être social disparu, la réponse affirmative nous paraît être logique et inévitable.

La théorie de la jurisprudence⁽¹⁾ est de faire des fondateurs et des premiers administrateurs, en cas de nullité de la société anonyme, des associés de fait, des associés en nom collectif; par conséquent et logiquement, s'il est vrai de dire que la nullité prononcée fait disparaître le caractère anonyme, qui n'existait qu'en fait et non en droit, il est vrai d'ajouter qu'elle laisse subsister entre les personnes responsables une société en nom collectif. Or, quel eût été au point de vue de la prescription qui nous occupe, le droit des fondateurs et des administrateurs déclarés

(1) V. plus haut, p. 105, *Rapport de M. le conseiller Cantel*, D. 4879. 1. 209.

responsables? Celui évidemment de s'en prévaloir et de l'invoquer, puisqu'au jour de la dissolution de la société, ils doivent être considérés dans le passé et dans le présent envers les tiers comme des associés en nom collectif.

210. Dans le système que nous avons admis, qui mesure la responsabilité au préjudice, qu'ont subi les tiers, la question est plus délicate.

Tout d'abord la dissolution, dont s'est préoccupé le législateur de 1807 et dont parle l'article 64 du Code de commerce, est-elle bien la dissolution causée par la nullité? Le législateur a-t-il eu en vue, quand il a discuté et rédigé l'article en question, l'hypothèse de la nullité aussi bien que celle de la dissolution normale?

A cette question sans hésiter, après la lecture attentive du compte rendu de la séance du 19 février 1807, nous répondons négativement.

La dissolution que prévoit le législateur dans l'article 64, c'est la dissolution d'une société légalement constituée, car une prescription exceptionnelle, avantageuse, comme celle de cet article, ne se comprendrait plus dans l'hypothèse d'une nullité prononcée aux termes de l'article 41 de la loi de 1867.

Le motif qui a fait édicter la prescription exceptionnelle de cinq ans, n'existe plus; la raison donnée par Cambacérès le 19 février 1807, rapportée plus haut, ne se comprend plus, car si le législateur a pu déroger aux règles du droit commun, afin de faciliter et de favoriser le développement des sociétés légales, il ne l'a certainement pas fait pour faciliter et favoriser le développement de sociétés constituées au mépris de ses prescriptions formelles.

Peu importe que la déclaration de nullité ait suivi ou précédé la dissolution.

A quelque époque qu'elle arrive, la nullité, pensons-nous, met obstacle à l'application de l'article 64, car pour ce qui nous occupe, ceux qui profiteraient de cette disposition, seraient précisément les auteurs responsables de cette nullité.

Dans l'hypothèse d'une nullité, il n'y a pas eu de dissolution dans le sens de l'article 64, la prescription quinquennale ne peut être invoquée, parce que elle aurait pour effet de protéger ceux qui ont violé ou laissé violer la loi.

211. A l'égard des associés, on ne peut pas davantage reconnaître aux personnes déclarées responsables le droit d'invoquer la prescription exceptionnelle de l'article 64? Outre qu'il n'y a pas eu de société, sinon en fait, la disposition de l'article du Code de commerce ne s'applique pas aux actions des associés entre eux ⁽¹⁾.

212. Société légalement constituée. — Les mêmes solutions doivent être adoptées, lorsqu'il s'agit d'appliquer les articles 43 et 44 et pour les mêmes raisons. Les tiers, en effet, comme d'ailleurs dans l'hypothèse de la nullité, actionnent les fondateurs et les administrateurs, bien moins parce que ces derniers sont associés, que parce qu'ils sont les auteurs d'un acte, qui leur a porté préjudice. C'est sur l'article 1382 qu'ils fondent leur prétention. Or, si en général une semblable action n'est perdue qu'au bout de trente ans, on ne voit pas pourquoi l'auteur du quasi-délit ou du délit pourrait invoquer une plus courte prescription, s'il était de plus administrateur

(1) Rouen, 8 mars 1871, D. 1872. 5. 418.

ou commissaire de surveillance d'une société anonyme et si le fait incriminé avait eu lieu dans l'exercice ou à l'occasion de ces fonctions (1).

(1) Voir au chapitre traitant de la responsabilité pénale, la question de savoir si la prescription de l'action publique, en cas de fait délictueux, entraîne la prescription de l'action civile en responsabilité.

RESPONSABILITÉ PÉNALE

SANCTIONS PÉNALES ÉDICTÉES PAR LA LOI.



213. Le législateur n'a pas pensé que la responsabilité civile, édictée par les articles 42, 43 et 44, fût une garantie suffisante de l'observation des prescriptions de la loi de 1867. L'intérêt des tiers et des associés pouvait être ainsi sauvegardé, l'intérêt social, le crédit public, en vue desquels aussi avaient été établies les conditions essentielles de la constitution des sociétés anonymes, ne l'eût pas été suffisamment. Il fallait en outre des sanctions civiles, réparations des fautes commises et du préjudice causé, des sanctions pénales; il fallait qu'à côté de l'action privée, appartenant aux tiers et aux associés lésés, l'action publique pût être exercée et que la société toute entière, intéressée à ce que les prescriptions de la loi, surtout celles de la loi de 1867, fussent respectées, pût atteindre ceux qui les avaient violées ou n'en avaient pas tenu compte.

214. L'article 45 rend applicables en matière de sociétés anonymes les dispositions pénales consignées dans

les articles 13, 14, 15 et 16 du titre 1^{er}, relatif aux sociétés en commandite.

Pour ne nous occuper que des fondateurs, des administrateurs et des commissaires, les faits prévus par ces articles sont :

1° L'émission d'actions ou de coupons d'actions d'une société constituée contrairement aux prescriptions des articles 1, 2 et 3 (art. 13).

2° La négociation d'actions ou de coupons d'actions d'une société dans les mêmes conditions (art. 14).

3° La participation à cette négociation (art. 14).

4° La publication desdites valeurs (art. 14). Ces faits sont punis d'une amende de cinq cents à dix mille francs.

215. Les mêmes dispositions existaient dans la loi de 1856, c'est donc là qu'il faut en chercher l'origine.

Deux différences importantes sont à noter cependant entre cette loi et celle dont nous nous occupons.

L'article 11 disposait qu'en cas d'émission d'actions d'une société nulle, un emprisonnement de huit jours à six mois pourrait être prononcé. L'exposé des motifs du projet de 1867 porte que cette sanction a paru exagérée au législateur et que « des peines pécuniaires doivent suffire pour réprimer au besoin les contraventions. » Comme il s'était trouvé dans la commission des membres qui regrettaient que la disposition de l'article 11 n'eût pas été maintenue, le rapporteur dut revenir sur l'idée émise par l'auteur de l'exposé des motifs. « Suivant la commission, dit-il, les pénalités excessives affaiblissent la répression au lieu de la fortifier. La loi ne doit être qu'un rapport de justice entre la peine et le fait incriminé. Là où la peine est disproportionnée, elle trouble la conscience du juge, sans posséder cependant une suffisante action

préventive. Or, le fait d'émettre des actions d'une société constituée, sans que les conditions prescrites par les articles 1, 2 et 3 aient été toutes strictement observées, alors qu'aucune circonstance n'en vient aggraver le caractère, ressemble plus à une contravention qu'à un délit, l'intention coupable peut y être complètement étrangère..... Mais punir une simple contravention de l'emprisonnement, c'était dépasser la mesure; l'amende de 500 à 10,000 fr. répond à la nature et à la gravité du fait (1). »

De plus, l'article 463 n'était pas dans la loi de 1856 applicable aux sanctions édictées dans l'article 11 et qu'a reproduites notre article 13. Depuis 1867 il l'est, au contraire, dans les quatre cas prévus plus haut, de sorte que, en vertu de cet article, les juges de fait peuvent abaisser l'amende de cinq cents à dix mille francs au minimum des amendes de simple police.

216. Les quatre faits que nous avons énoncés constituent-ils des délits ou des contraventions?

Cette question complexe ne peut être résolue sans une distinction.

Une double différence existe entre les délits et les contraventions : 1° les premiers sont punis de peines plus sévères que les secondes, à cause du caractère particulier de gravité qu'attache la loi aux faits qualifiés délictueux; 2° l'intention frauduleuse doit être nécessairement constatée dans le fait incriminé, pour qu'il y ait délit; la contravention, au contraire, résulte de l'acte purement matériel, peu importe qu'il ait été commis sans intention de nuire.

(1) Rapport de la commission de 1867. Mathieu et Bourguignat, p. 343. Rapport, § 38 sur article 13.

Les actes énoncés dans les articles 13 et 14 réunissent le double caractère du délit et de la contravention. Si on les considère au point de vue de la sanction que leur a donnée le législateur, nul doute que celui-ci ne les ait regardés comme des délits; il les a punis des mêmes peines que celles prononcées contre les faits qualifiés tels. Ils seront donc délits quant à la gravité de la sanction, délits quant à l'application possible de l'article 463, délits aussi quant à la prescription de l'action publique, qui sera triennale au lieu d'être annale, comme lorsqu'il s'agit de contravention.

Au contraire, l'intention frauduleuse, nécessaire pour qu'il y ait délit, n'aura pas besoin d'exister et d'être constatée chez les auteurs de ces actes, pour que les sanctions portées soient appliquées. A l'égard de l'article 13, ceci résulte expressément des termes dont s'est servi le législateur, en particulier dans le passage du rapport cité plus haut. Quant à l'article 14, la question ne peut être davantage douteuse. M. Mathieu ne dit-il pas : « Le projet du Gouvernement créait une présomption légale de fraude et de complicité contre ceux qui, dans la négociation, n'auraient été que de simples intermédiaires. Leur bonne ou mauvaise foi, l'ignorance ou la connaissance de l'infraction était indifférente; le fait était punissable par cela seul que les titres négociés n'étaient pas conformes aux exigences de la loi. Qu'il en fût ainsi à l'égard des fondateurs, gérants ou administrateurs de sociétés, on le comprend. Leur ignorance n'est pas présumable; ils ont dû consulter la loi, etc. (1). »

(1) Mathieu et Bourguignat, *Rapport de la commission de 1867*, p. 347, § 40 sur art. 14.

Par conséquent, dans les deux articles, ce qu'a voulu punir le législateur, c'est *le fait* indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi.

C'est donc très-justement qu'on a qualifié les faits énoncés et punis dans les articles 13 et 14 de la loi de 1867 du nom de délits-contraventions.

217. Outre les faits d'émission et de négociation d'actions de sociétés nulles, qui sont punis par la loi et dont peuvent se rendre plus particulièrement coupables les fondateurs et les administrateurs, il est un acte que peut commettre tout associé, et qu'à cause de leur situation exceptionnelle les personnes, dont nous nous occupons, peuvent être plus facilement que tout autre tentées de commettre, acte puni de peines très sévères et que pour cette raison il est utile de ne pas passer sous silence, c'est la création frauduleuse d'une majorité factice dans une assemblée générale au moyen d'actions dont on n'est pas propriétaire. En plus de l'amende de cinquante à dix mille francs, qui peut être dans ce cas prononcée, les associés coupables *peuvent* encourir la condamnation de quinze jours à six mois maintenue exceptionnellement dans cette hypothèse (art. 13, dernier paragraphe).

218. Tandis que les articles 13 et 14 punissent des délits-contraventions, l'article 15 vise et punit de véritables délits. Il est ainsi conçu : « Sont punis des peines » portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article, à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie :

» 1° Ceux qui, par simulation de souscriptions ou de versements ou par publication, faite de mauvaise foi, de souscriptions ou de versements qui n'existent pas

» ou de tous autres faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des souscriptions ou des versements.

» 2° Ceux qui, pour provoquer des souscriptions ou des versements ont, de mauvaise foi, publié les noms de personnes désignées, contrairement à la vérité, comme étant ou devant être attachées à la société à un titre quelconque.

» 3° Les *administrateurs* (art. 45) qui, en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs. »

Cet article, évidemment, n'est qu'énonciatif; la disposition relative à tous les autres faits constitutifs du délit d'escroquerie l'indique, et de plus, il n'est applicable qu'à des délits; l'intention frauduleuse est exigée, en effet, à l'égard des actes qu'il réprime. Les peines édictées par l'article 405 du Code pénal, auquel il renvoie, sont un emprisonnement d'un an au moins à cinq ans au plus et une amende variant de cinquante francs à trois mille francs, avec possibilité pour les tribunaux d'ajouter l'interdiction légale pendant cinq ans au moins et dix ans au plus ⁽¹⁾.

La disposition modératrice de l'article 463 est applicable à l'article 15, comme elle l'est, nous l'avons vu, aux articles 13 et 14.

219. Reste une question extrêmement intéressante, qui a embarrassé la jurisprudence et les interprètes et qui est relative à la prescription.

(1) V. pour application des articles 13, 14 et 15 de la loi de 1867, l'arrêt de la Cour de Paris (Chambre des appels correctionnels du 19 mars 1883. Aff. de l'*Union générale*).

Dans l'hypothèse où le fait, qui a causé la nullité et donné lieu à l'action en responsabilité de l'article 42, constitue un délit, les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle peuvent-ils être invoqués, et la prescription de trois ans, qui fait échec à l'exercice de l'action publique, fera-t-elle également échec à celui de l'action civile?

220. Tout d'abord, bien certainement, la prescription triennale ne s'applique pas à l'action en nullité de la société. La raison en est simple : l'action civile, que les articles 637 et 638 déclare prescrite par le même laps de temps que celui qui met obstacle à l'action publique, n'est que l'action en réparation du dommage causé par un crime ou un délit. Cela résulte des articles 1 et 2 du Code d'instruction criminelle, qui renvoient au titre de la prescription.

Il faut donc conclure avec M. Haus que « la prescription du droit civil est applicable aux actions, qui, bien que résultant d'un délit, n'ont cependant pas pour objet des dommages et intérêts. Telles sont l'action ouverte contre l'héritier et tendant à le faire déclarer indigne de succéder, pour avoir volontairement donné ou tenté de donner la mort au défunt; l'action en séparation de corps pour cause d'adultère ⁽¹⁾. Telle est aussi l'action en nullité d'une société constituée en violation des prescriptions légales. Celle-là également n'a pas pour objet la réparation d'un dommage, elle a pour but de détruire une œuvre élevée au mépris de la loi.

221. La question ne se pose donc qu'à l'égard de l'action en responsabilité fondée sur le fait délictueux.

(1) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. II, 1344.

Lorsque cette action est exercée par les tiers, dans la doctrine suivie par la jurisprudence sur la cause et l'étendue de la responsabilité des fondateurs et des premiers administrateurs, il ne peut être question de prescription triennale.

En effet, dans ce système, l'action en responsabilité ne tend pas seulement, comme le veut l'article 1^{er} du Code d'Inst. crim. à la réparation du dommage causé par le délit, elle tend à faire déclarer les fondateurs et les premiers administrateurs tenus de toutes les dettes sociales. Ce n'est pas là l'action civile, conséquence du délit, au sujet de laquelle existe la disposition de l'article 367, mais une action fondée sur ce que les personnes responsables de la nullité de la société doivent être considérées comme des associés de fait.

222. Au contraire, la disposition de l'article 637 du Code d'Instruction criminelle est applicable, si l'action en responsabilité tend à la réparation du préjudice causé par un acte qualifié délit et puni comme tel (1).

Cette opinion va donner lieu, à la vérité, à une alternative choquante et qu'on ne peut expliquer tout d'abord. Si l'action en responsabilité résulte d'un délit correctionnel, elle sera prescrite par trois ans; si elle a sa cause dans un acte ne constituant qu'un quasi-délit ou délit civil, elle sera soumise à la prescription ordinaire, de trente ans.

« Comment l'auteur du délit peut-il être admis, dit M. Bertauld, à se faire une protection de l'existence de l'intention criminelle, sans laquelle il n'y a pas de

(1) Cassation, 7 mars 1877, Sirey, 1878. 1. 57, en note Dissertation de M. Edmond Villey.

délict (1)? » L'explication de ce résultat injuste est dans la raison d'être de la disposition des articles 637 et 638 du Code d'Instruction criminelle. Le législateur en subordonnant l'action civile à l'action publique a voulu éviter ce résultat non moins choquant, une certaine prescription étant édictée pour l'action publique, que « des faits délictueux pussent être révélés et judiciairement constatés à une époque, où la société et le ministère public étaient désarmés (2). » Là où pour des motifs d'ordre public la société abandonne le droit de punir et de réprimer, le législateur ne veut pas que l'individu lésé soit plus exigeant et plus rigoureux qu'elle et que par son action civile il dénonce et affirme l'inaction et l'impuissance de la société toute entière.

223. Mais ce motif même va nous faire restreindre l'application du principe posé dans l'article 637, à ces seuls cas où l'acte délictueux sera la cause unique et exclusive de l'action civile (3). Il est certain, en effet, que si cette dernière peut être intentée pour une autre cause, son exercice ne mettra pas en relief l'impuissance de la loi répressive; car ce qui sera alors invoqué, pour légitimer la demande sera autre chose que le délit commis. Ainsi pour prendre une espèce résolue par la jurisprudence, « l'action intentée par le mandant, en réparation du dommage que le mandataire aurait causé par une mauvaise gestion, n'est soumise qu'à la prescription ordinaire, une telle action prenant sa source dans un contrat

(1) Labbé, Dissertation, *Journal des Sociétés*, mars 1881; Bertauld, *Cours de droit spécial*, p. 625 et sq.

(2) Labbé, Dissertation, *Journal des Sociétés*, mars 1881.

(3) Cassation, 27 août 1867, Dalloz, 1867. 1. 489.

et dans les dispositions du Code civil indépendamment des actes délictueux du mandataire (1). » Ce principe va nous donner notre solution : Toutes les fois que l'action en responsabilité résultera du contrat même, encore que l'acte qui y donne naissance constitue un délit, la prescription triennale, qui s'appliquera à l'action publique, ne s'opposera pas à l'exercice de l'action civile en réparation pour inobservation des règles du contrat : toutes les fois au contraire que la responsabilité sera uniquement fondée sur un acte qualifié et puni comme délit, d'après la loi de 1867, la prescription de trois ans fera échec à l'action civile, conformément au principe posé dans les articles 637 et 638 du Code d'Instruction criminelle.

224. Prenons deux espèces.

Les administrateurs sont les mandataires des associés ; supposons une distribution de dividendes fictifs avec le caractère frauduleux ; ce fait constitue un délit puni des peines de l'escroquerie, article 15 de la loi de 1867. Trois ans se passent depuis que cette distribution a eu lieu ; l'administrateur ne peut plus être poursuivi par le ministère public, mais peut-il l'être encore, en réparation du dommage qu'il a causé, par un associé ? Oui.

Car indépendamment du caractère délictueux de la distribution de dividendes fictifs, il base sa prétention sur le mandat donné, accepté et violé.

Le même motif n'existerait pas pour un tiers, qui n'ayant donné aucun mandat ne peut se plaindre que d'un quasi-délit ou d'un délit civil. Si donc l'acte qui lui a fait tort ne constitue qu'un quasi-délit ou un délit civil non puni de peines correctionnelles, la prescrip-

(1) Même arrêt.

tion civile, trentenaire, peut seule lui faire perdre son droit à des dommages et intérêts; si au contraire, c'est un délit civil, puni en même temps des peines de l'article 405, après trois ans son action sera repoussée, parce que passé cette époque celle du ministère public ne peut plus être exercée (1).

(1) « Les délits civils ne constituent pas tous les délits de droit commercial; car la loi pénale n'incrimine pas tous les actes qui portent atteinte au droit d'autrui. » Aubry et Rau, t. IV, § 443.

CONCLUSION.

Telle est, au point de vue de la responsabilité des fondateurs, des administrateurs et des commissaires de surveillance de la société anonyme, la loi du 24 juillet 1867; loi imparfaite à bien des égards, loi qu'on peut critiquer sur bien des points, mais que dans une étude sérieuse et attentive on doit reconnaître comme une œuvre importante, digne du respect de tous ceux qui savent tenir compte des difficultés que présentait la matière, et du résultat obtenu, grâce aux efforts et au travail consciencieux des hommes, qui prirent part à sa confection.

Dans cette étude, comme on a pu le remarquer, nous nous sommes surtout attachés à saisir sur les points en discussion l'intention du législateur; il nous a souvent fallu recourir aux lois antérieures sur la commandite par action et la société à responsabilité limitée, examiner dans son ensemble, sinon dans tous ses détails, ce mouvement de législation, qui commence en 1856 et finit en 1867. La jurisprudence et la doctrine ont été également consultées; l'une et l'autre sont fréquemment citées.

Avant de terminer cet ouvrage, qui n'est qu'un ouvrage d'interprétation, nous serait-il permis de présenter une critique, sous la réserve de laquelle nous placerions les diverses solutions, que l'on a rencontrées dans la première partie.

L'esprit général dans lequel ont été conçues les dispositions de la loi de 1867, relatives à la constitution de la société, est un esprit de défiance envers les fondateurs et les administrateurs et par une conséquence naturelle de protection à l'égard des actionnaires et des tiers. Ne pense-t-on pas que ces deux idées aient été singulièrement exagérées?

Autant il est juste de punir la fraude là où elle se rencontre, autant il est dangereux dans une loi souvent de la présumer et plus souvent encore de soustraire une classe d'individus aux conséquences de leurs actes ou de leurs négligences.

La responsabilité des actionnaires et des tiers devrait être augmentée, celle des fondateurs et des premiers administrateurs diminuée. On empêcherait ainsi les premiers de compter entièrement, lors de la formation de la société, sur les personnes que la loi déclare responsables en cas de nullité. Ils seraient plus préoccupés de s'assurer des conditions dans lesquelles a eu lieu la constitution. Eux sont intéressés, eux doivent veiller, les actionnaires, à ce que la société dans laquelle ils entrent ait des chances de durée et des moyens d'action; les tiers, à ce que la société avec laquelle ils contractent présente aussi des garanties d'avenir et de solvabilité.

Mais en supposant fondées ces idées de défiance et de protection, ainsi que les dispositions qui en émanent, pense-t-on que la nullité d'une société prononcée dans

quinze cas différents puisse être considérée comme une disposition justifiée par la violation même de la loi et la volonté arrêtée du législateur de la faire avant tout respecter? Pense-t-on qu'il soit bon et qu'il ne soit pas injuste souvent de sanctionner par la nullité un grand nombre de prescriptions légales?

Qui peut indiquer toutes les conséquences d'une nullité? Comment les législateurs de 1867, qui ont eu en vue dans la confection de la loi, les grands établissements financiers, qui étaient avertis par des exemples récents, des liens étroits s'établissant à la bourse entre les intérêts et les valeurs des différentes sociétés, n'ont-ils pas compris que prononcer la nullité de l'une d'elles, à n'importe quelle époque de son existence, sans que jamais une prescription si longue qu'elle soit puisse faire oublier le vice originaire, c'était atteindre les intérêts respectables des sociétés légalement constituées, que celle-là pouvait entraîner dans sa ruine, c'était suspendre brutalement, souvent sans raison ⁽¹⁾, la vie sociale au moment de son développement et ne laisser aux créanciers, qui avaient contracté avec la société sur la foi de son crédit et de sa puissance, que la garantie souvent illusoire de trois ou quatre personnes déclarées responsables.

Ou le législateur a su ce qu'était la nullité, il en a mesuré tous les effets et alors notre critique est fondée, ou il a ignoré quelles en pouvaient être les conséquences et alors il est coupable d'avoir indistinctement prononcé cette sanction funeste ⁽²⁾.

(1) Voir p. 20, en note.

(2) Nous avons été heureux de trouver la confirmation de cette idée dans l'exposé des motifs d'une proposition de loi, déposée sur le bureau du Parlement Belge, le 7 mars 1883 et modifiant la loi en vigueur

Aujourd'hui l'œuvre législative de 1867 est à la veille d'être modifiée; les côtés défectueux ont apparu; une expérience de seize années en a signalé les inconvénients; une réforme s'est imposée.

L'élaboration d'un projet de loi nouveau a été confiée à une commission extra-parlementaire, qui a terminé ses travaux. On pourra voir qu'elle propose de consacrer législativement un grand nombre de solutions, que nous avons soutenues en interprétant la loi. La parole est maintenant au Parlement déjà saisi du projet et du rapport de cette commission; c'est aux législateurs, auxquels incombent désormais le soin et la responsabilité d'une loi nouvelle sur les sociétés par actions, que respectueusement nous soumettons la réflexion qui termine cette étude.

sur les sociétés anonymes. « On a pu croire en faisant la loi, disent MM. Pirmez, Guillery et de Lantsheere, auteurs de la proposition, que ces conditions si simples (celles relatives à la constitution de la société), si faciles à remplir seraient toujours observées. La double sanction de la nullité radicale de la société et de la responsabilité solidaire des fondateurs, conséquences de l'inobservation de ces conditions, semblait devoir écarter des contraventions, qu'aucun intérêt sérieux ne pouvait provoquer.

» L'expérience a donné un démenti à ces prévisions. Des procès assez nombreux se sont élevés sur la validité des sociétés constituées sous ce régime et l'on a pu constater *que c'est un mauvais remède à l'inobservation des prescriptions légales que de décréter la nullité de la société.* »

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. La ratification n'a pas pour effet de substituer aux actions *negotiorum gestorum* les actions *mandati*.

II. La ratification a cet effet que le paiement effectué entre les mains d'un gérant d'affaires libère le débiteur au jour même où ce gérant l'a reçu.

III. Sous Justinien, la demande d'une *bonorum possessio*, faite par un gérant dans le délai utile, ne peut pas plus que dans la législation antérieure être ratifiée par le maître après ce délai.

IV. La ratification du maître produit un effet rétroactif à l'égard des actes du gérant, même en matière de possession.

V. Les sociétés formées pour la perception des impôts ne constituaient pas des personnes morales.

DROIT CIVIL.

I. Les dispositions édictées par l'article 1098 du C. C., en cas de second ou subséquent mariage en faveur des

enfants issus des précédentes unions, sont applicables aux enfants adoptifs.

II. L'enfant naturel ne peut être adopté par l'auteur qui l'a reconnu.

III. La femme instituée légataire, qui reconnaît après l'ouverture de la succession un enfant déjà reconnu du testateur et lui-même institué dans les limites légales, doit être considérée comme personne interposée aux termes du § 2 de l'article 911 C. C.

IV. Lorsque le mari a aliéné seul un immeuble de la femme, contrairement à l'article 1428, celle-ci a le droit, en cas d'acceptation de la communauté, de revendiquer cet immeuble en totalité sauf à contribuer pour moitié à la restitution du prix et au paiement des dommages et intérêts prononcés au profit de l'acquéreur.

DROIT CRIMINEL.

I. Lorsque l'un des jurés refuse de prêter le serment selon la formule prescrite par la loi et que par ce fait l'affaire a été remise à une autre session, la Cour n'est pas compétente pour accorder aux prévenus des dommages et intérêts en raison du préjudice que lui cause le refus du juré.

II. Le gérant d'un journal ne peut se refuser à insérer la réponse d'une personne nommée ou désignée dans une critique littéraire ou artistique faite de son œuvre; en cas de refus il est passible de l'amende édictée dans l'article 13 de la loi de juillet 1881 sur la presse, de même qu'il l'était sous l'empire de la loi de mars 1822.

DROIT COMMERCIAL.

I. Les membres du conseil d'administration d'une société anonyme, en cas de nullité de la société, encourent au même titre que les fondateurs la responsabilité édictée par l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867.

II. En cas de nullité de la Société anonyme, les fondateurs et les premiers administrateurs ne sont tenus envers les tiers que dans la limite du préjudice causé par la nullité.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les Ministres ne peuvent engager les finances de l'État pour accorder des dédommagements qui n'ont point leur cause dans une obligation préexistante de l'État.

DROIT INTERNATIONAL.

I. Un État doit extraditer ses nationaux.

II. Un État abolitionniste ne doit pas livrer un esclave fugitif même coupable de crimes de droit commun.

Vu par le Président de la thèse,

LYON-CAEN.

Vu par le Doyen,

CH. BEUDANT.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

RATIFICATION DES ACTES DU GÉRANT D'AFFAIRES.		Pages.
INTRODUCTION.....		I
CHAPITRE PREMIER. — De la ratification en général.....		VI
1° En quoi elle consiste.....		VI
2° Quand elle peut se produire.....		VIII
3° Quand elle doit se produire.....		X
CHAPITRE II. — Effets de la ratification entre les parties.....		XVII
1° Le <i>dominus</i> perd le droit de critiquer la gestion.....		XVII
2° Le <i>dominus</i> s'approprie des actes étrangers à son patri- moine.....		XVIII
3° L'action <i>mandati</i> n'est pas substituée à l'action <i>negotio- rum gestorum</i>		XXI
CHAPITRE III. — Effets de la ratification envers les tiers.....		XXXI
1° Le <i>dominus</i> n'est pas représenté par le gérant.....		XXXII
2° Effet rétroactif en matière d'obligations.....		XXXVI
3° Effet rétroactif en matière de droits réels.....		XXXVIII

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONDATEURS, DES ADMINISTRATEURS ET DES COMMISSAIRES DE SURVEILLANCE.

INTRODUCTION. — Notions générales et historiques sur les so- ciétés par actions et la société anonyme.....	3
DIVISION.....	13

RESPONSABILITÉ CIVILE.

PREMIÈRE PARTIE.

Constitution de la Société. Nullité.

CHAPITRE PREMIER. — Prescriptions de la loi relatives à la cons- titution de la société.....	15
---	----

	Pages.
CHAPITRE II. — Des personnes responsables.....	29
<i>Section première.</i> — Des fondateurs.....	29
<i>Section II.</i> — Des administrateurs.....	39
CHAPITRE III. — Des personnes envers lesquelles existe la responsabilité. Etendue de la responsabilité.....	63
<i>Section première.</i> — Responsabilité envers les tiers.....	63
<i>Section II.</i> — Responsabilité envers les associés.....	91

DEUXIÈME PARTIE.

Fonctionnement de la société.

CHAPITRE PREMIER. — Responsabilité des administrateurs.....	101
<i>Section première.</i> — Des infractions à la loi.....	103
<i>Section II.</i> — Des fautes dans la gestion.....	106
<i>Section III.</i> — Des personnes envers lesquelles existe la responsabilité.....	126
§ 1. Responsabilité envers la société.....	127
§ 2. Responsabilité envers les tiers.....	128
CHAPITRE II. — Responsabilité des commissaires de surveillance.....	139

TROISIÈME PARTIE.

Caractères particuliers de la responsabilité. Action judiciaire.

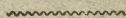
CHAPITRE PREMIER. — De la solidarité entre les personnes responsables. De la répartition de la responsabilité.....	145
CHAPITRE II. — De l'action en responsabilité.....	153
<i>Section première.</i> — De l'exercice de l'action.....	153
§ 1. Quand peut être intentée l'action.....	153
§ 2. Par qui peut être intentée l'action.....	157
<i>Section II.</i> — Du tribunal compétent.....	163
<i>Section III.</i> — De la prescription de l'action.....	166

RESPONSABILITÉ PÉNALE.

Sections pénales édictées par la loi.....	175
CONCLUSION.....	187

LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS



OUVRAGES DE DROIT
SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

